

UNIVERSITÉ DE LYON. — FACULTÉ DE DROIT

ESSAI

SUR LA

Responsabilité Précontractuelle

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE LYON

le lundi 15 mai 1911, à 2 heures 1/2

PAR

Paul ROUBIER

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE LYON

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT DE LYON (1903, 1904, 1905)

ET DU CONCOURS GÉNÉRAL DES FACULTÉS DE DROIT DE FRANCE (PRIX 1905)

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

—
1911

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

UNIVERSITÉ DE LYON. — FACULTÉ DE DROIT

MM.

CAILLEMER, C. ✱, I. ✱, Doyen honoraire, correspondant de l'Institut.

THALLER, ✱, I. ✱, professeur honoraire.

AUDIBERT, I. ✱, professeur honoraire.

FLURER, I. ✱, doyen, professeur de Droit civil.

GARRAUD, I. ✱, professeur de Droit criminel.

APPLETON (Charles), I. ✱, professeur de Droit romain.

COHENDY, O. ✱, I. ✱, professeur de Droit commercial.

PIC, I. ✱, professeur de Droit international public.

APPLETON (Jean), I. ✱, professeur de Droit administratif.

LAMBERT, A. ✱, professeur d'Histoire générale du Droit français.

BOUVIER, I. ✱, professeur de Science financière et de Législation française des finances.

LAMEIRE, I. ✱, professeur d'Histoire du Droit public et de Droit administratif.

JOSSERAND, I. ✱, professeur de Droit civil, assesseur du Doyen.

BROUILHET, I. ✱, professeur d'Économie politique.

HUVELIN, I. ✱, professeur de Droit romain.

LÉVY, I. ✱, professeur de Droit civil.

GONNARD, A. ✱, professeur d'Histoire des Doctrines Économiques et d'Économie politique.

BOUVIER-BANGILLON, I. ✱, professeur de Procédure civile.

BECQ (J.), I. ✱, secrétaire.

MEMBRES DU JURY :

Président : M. JOSSERAND, *professeur*.

Assesseurs : MM. FLURER, *professeur*.

LÉVY, *professeur*.

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE LYON. — FACULTÉ DE DROIT

ESSAI

SUR LA

Responsabilité Précontractuelle

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE LYON

le lundi 15 mai 1911, à 2 heures 1/2

PAR

Paul ROUBIER

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE LYON

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT DE LYON (1903, 1904, 1905)

ET DU CONCOURS GÉNÉRAL DES FACULTÉS DE DROIT DE FRANCE (PRIX 1905)



PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1911

A MES PARENTS

A MES MAITRES

A MES AMIS



Digitized by the Internet Archive
in 2026

BIBLIOGRAPHIE

[On n'a retenu ici que les monographies les plus directement afférentes au sujet.]

- Affolter.** — Der Irrtum beim Kaufe, *Archiv für bürgerl. Recht*, VI, p. 280 ss.
- Amberg.** — Die gemeinrechtliche Lehre vom negativen Vertragsinteresse und ihre Ausgestaltung im B. G. B., Diss. Jéna, 1907.
- Bähr.** — Ueber Irrungen im Kontrahieren durch Mittelspersonen, *Jahrb. f. Dogm.*, VI, 1863, p. 287 ss.
- Ueber Irrungen im Kontrahieren, *Jahrb. f. Dogm.*, XIV, N. F., II, 1875, p. 393 ss.
- Bekker.** — Ueber Verträge unter Abwesenden, *Jahrb. des gem. Rechts*, II, 1858, p. 366 ss.
- Psychologische Jurisprudenz, *Krit. Viertelj. f. Ges. und Rechtsw.*, XXII, 1880, p. 33 ss.
- Bianchi.** — Azione di nullità per errore e azione per vizi redibitori nella vendita, *Riv. it. per le sc. giur.*, XI, 1891, p. 321 ss.
- Bitter.** — Zur Lehre vom Schadenersatz bei nichtigen oder nicht vollendeten Verträgen, Diss. (Fribourg) Kiel, 1896.
- Brinz.** — Die Prästation unmöglicher Leistungen, *Kritische Ueberschau*, V, p. 298.
- Brock.** — Das negative Vertragsinteresse, Berlin, 1902.
- Burchardt.** — Zur Behandlung des Irrtums in der heutigen Praxis und im künftigen Recht, *Beiträge zur Erläut. d. deutschen Rechts*, t. 39, p. 14 ss.
- Chausse.** — De la rétroactivité des actes juridiques, *Rev. crit.*, 1900, p. 530 ss.
- Chironi.** — La responsabilità o la garanzia nella formazione del negozio contrattuale, dans les *Studi in on. di V. Scialoja*. Milan, 1904, II, p. 493 ss.

- Coviello (N.).** — La revoca della proposta nel contratto tra assenti, *Giurispr. it.*, 1895, I, 820.
- Danz.** — Ueber das Verhältniß des Irrtums zur Auslegung nach B. G. B., *Jahrb. f. Dogm.*, XLVI, p. 390 ss.
- Dereux.** — Etude des diverses conceptions actuelles du contrat, *Rev. crit.*, XXX, 1901, p. 513 ss.
- De l'interprétation des actes juridiques, Th. Paris, 1905.
- Deschamps.** — Le dol et la faute des incapables, Th. Paris, 1889.
- Dolinski.** — Haftung des Kontrahenten für seine Gehilfen bei der Abschlíessung von obligatorischen Verträgen, Lemberg, 1893.
- Drechsler.** — Culpa in contrahendo oder Schadenersatzes bei nichtigen Verträgen, Würzburg, 1873.
- Drechsler.** — Die Verjährung des Anspruchs auf Ersatz des sogenannten negativen Vertragsinteresses bei nicht zu Stande gekommenen Verträge nach gemeinem Recht und dem B. G. B., Diss. (Rostock) Brême, 1902.
- Eisele.** — Ueber die Nichtigkeit obligatorischer Verträge wegen Mangels an Uebereinstimmung der Willen der Kontrahenten, *Jahrb. f. Dogm.*, XXV, N. F. XIII, 1887, p. 414 ss.
- Faggella.** — Dei periodi precontrattuali e della loro vera ed esatta costruzione scientifica, dans les *Studi giur. in on. di C. Fadda*, Naples, 1906, III, p. 269 ss.
- Ferrara.** — Responsabilità contrattuale per fatto altrui, *Arch. giur.*, t. 70, 1903, p. 401 ss.
- Fritsch.** — Das negative Vertragsinteresse, Diss. (Erlangen) Trèves, 1900.
- Fubini.** — La dottrina dell' errore nel dir. civ. it., Turin, 1903.
- Gabba (F.-C.).** — Contributo alla dottrina dell' errore nel dir. civ. it., dans ses *Nuove quest. di dir. civ.*, Turin, I, 1905, p. 1 ss.
- Galliot.** — La déclaration de volonté dans les contrats, Th. Caen, 1903.
- Goldschmitt.** — *Zeitschrift f. d. ges. Handelsr.*, XIII, 1869, p. 335.
- Gradenwitz.** — Anfechtung und Reurecht beim Irrtum, Berlin, 1902.
- Greven.** — Das negative Vertragsinteresse nach gemeinem Recht unter Berücksichtigung der Bestimmungen des B. G. B., Diss. (Erlangen) Cologne, 1898.
- Halben.** — Ueber den Schadenersatz aus nichtigen Verträgen, Diss. (Erlangen) Hambourg, 1895.
- Hartmann.** — Wort und Wille im Rechtsverkehr, *Jahrb. f. Dogm.*, XX, N. F., VIII, 1882, p. 2 ss.

- Werk und Wille beim sogenannten stillschweigenden Konsens, *Archiv f. d. civ. Praxis*, t. 72, 1888, p. 164 ss.
- Hase (C. von).** — Die unrichtige Uebermittlung des § 120 B. G. B., Diss. (Jena) Leipzig, 1907.
- Hausmann.** — Der Irrtum im alten und neuen Recht, Stuttgart, 1907.
- Herrmann.** — Ueber den Einfluss des Irrtums auf den Konsens bei Verträgen, *Zeitschrift f. Civilrecht und Prozess*, N. F. VII, p. 249 ss.
- Hesse.** — Zur Lehre vom Irrtum, *Archiv f. d. civ. Praxis*, LVII, 1874, p. 182 ss.
- Hoelder.** — Die Lehre vom Error, *Krit. Viertelj. f. Ges. und Rechtsw.*, XIV, 1872, p. 561 ss.
- Japiot.** — Des nullités en matière d'actes juridiques, Th. (Dijon) Paris, 1909.
- Ihering (R. von).** — Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen, *Jahrb. f. Dogm.*, IV, p. 1 ss.; ou dans ses *Oeuvres choisies*, trad. Meulenaere, Paris-Bruxelles, 1893, II, p. 1 ss.
- Joseph.** — Die unrichtige Uebermittlung einer Willenserklärung durch eine Mittelsperson, *Zeitschrift für Rechtspflege im Bayern*, I, 1905, p. 402 ss.
- Josserand.** — De l'abus des droits, Paris, 1905.
- Kleineidam.** — Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem B. G. B. f. d. deutsche Reich, Jéna, 1901.
- Kohler.** — Studien über Mentalreservation und Simulation, *Jahrb. f. Dogm.*, XVI, N. F. IV, 1878, p. 91 ss.
- Noch einmal über Mentalreservation und Simulation, *Jahrb. f. Dogm.*, XVI, N. F. IV, 1878, p. 325 ss.
- Ueber den Willen im Privatrecht, *Jahrb. f. Dogm.*, XVIII, N. F., XVI, 1889, p. 166 ss.
- Köppen.** — Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden, *Jahrb. f. Dogm.*, XI, 1871, p. 140 ss.
- Kühn.** — Ueber Vertragsschluss unter Abwesenden, *Jahrb. f. Dogm.*, XVI, N. F. IV, 1878, p. 1 ss.
- Legros.** — Essai d'une théorie de la responsabilité en cas de nullité des contrats, Th. Dijon, 1900.
- Leonhard (R.).** — *Zeitschrift für das ges. Handelsrecht*, XXVI, 1881, p. 287 ss.
- Beiträge zur Irrtumslehre, *Deutsche Juristenzeitung*, 1905, p. 20 ss.
- Der Irrtum als Ursache nichtiger Verträge, 2^e éd., Breslau, 1907.
- Lévy (E.).** — Responsabilité et contrat, Paris, 1899, *Rev. crit.*, 1899.

- Lilie.** — Schadenersatz bei unwirksamen Verträgen nach dem B. G. B. unter Berücksichtigung des gemeinen Rechts, Diss. (Erlangen) Magdebourg, 1898.
- Mac-Keag (E.-C.).** — Mistake in Contract [Columbia University], New-York, 1905.
- Manasse.** — Die Anfechtung wegen Irrtums bei Geschäften des Vermögensrechts nach dem B. G. B., Diss. Breslau, 1906.
- Manfré.** — L'errore nei contratti, *Antologia giur.*, VIII, p. 613 ss.
- Markusen.** — Das negative Vertragsinteresse im schweizerischen Obligationenrecht und im deutschen Entwurf [*Zeitschrift des bernischen Juristenvereins*, XXVI], Berne, 1890.
- Melliger.** — Culpa in contrahendo oder Schadenersatzes bei nichtigen Verträgen, Diss. Zürich, 1896 (2^e éd. 1898).
- Meynial.** — La déclaration de volonté, *Rev. trim.*, I, 1902, p. 545.
- Mommsen.** — Beiträge zum Obligationenrecht, I, die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluss auf obligatorische Verhältnisse, Brunswick, 1853.
- Erörterungen aus dem Obligationenrecht, II, Ueber die Haftung der Kontrahenten bei der Abschliessung von Schuldverträgen, Brunswick, 1879.
- Morel.** — Du refus de contracter opposé en raison de considérations personnelles, *Rev. trim.*, VII, 1908, p. 289 ss.
- Moritz.** — Lässt sich bei unvollendeten oder nichtigen Verträgen eine Klage auf Schadenersatz begründen, Diss. Erlangen, 1899.
- Pernice.** — Kritische Beiträge zur Lehre von den Rechtsgeschäften, *Zeitschrift f. d. ges. Handelsr.*, XXV, 1880, p. 77 ss.
- Petersen.** — Ueber den Schadenersatz bei nichtigen Verträgen nach d. gem. Recht u. nach d. B. G. B., Diss. (Erlangen) Kiel, 1897.
- Regelsberger.** — Civilrechtliche Erörterungen, I, Vorverhandlungen bei Verträgen, Weimar, 1868.
- Ricca-Barberis.** — L'impossibilità della prestazione, *Riv. di dir. comm.*, 1907, V, 1, p. 155 ss.
- Richelmann.** — Der Einfluss des Irrtums auf Verträge, Hanovre, 1837.
- Ripert.** — *Rev. crit.*, 1909, p. 147.
- Ritter.** — De l'erreur dans les contrats considérée spécialement en matière d'objets d'art, Th. Paris, 1892.
- Roux.** — Des dommages-intérêts pour nullité de contrat, Th. Paris, 1901.
- Røever.** — Ueber die Bedeutung des Willens bei Willenserklärungen, Rostock, 1874.

- Saleilles.** — La déclaration de volonté, Paris, 1901.
- De la responsabilité précontractuelle à propos d'une étude nouvelle sur la matière, *Rev. trim.*, VI, 1907, p. 697 ss.
- Schall.** — Der Parteiwille im Rechtsgeschäft, Diss. (Tübingen), Stuttgart, 1877.
- Scheurl.** — Vertragsabschluss unter Abwesenden, *Jahrb. f. Dogm.*, II, 1858, p. 248 ss.
- Schiller.** — Die unrichtige Uebermittlung von telegraphischen Erklärungen, Diss. Rostock, 1902.
- Schkafl.** — Influence de l'erreur, du dol et de la violence sur l'acte juridique, Diss. Lausanne, 1902.
- Schlossmann.** — Der Vertrag, Leipzig, 1876.
- Der Irrtum über wesentlichen Eigenschaften, Jéna, 1903.
- Schmidt.** — Die Lehre vom negativen Vertragsinteresse nach gem. Recht und d. Recht d. B. G. B., Diss. Greifswald, 1900.
- Schott.** — Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden, Heidelberg, 1873.
- Schulin.** — Ueber den Irrtum nach schweizerischem Obligationenrecht (*Zeitschrift f. schweiz. Recht*, IX), Bâle, 1890.
- Schultze-Denhard.** — Haftet derjenige, welcher von einem Vertrage wegen Irrtums zurücktritt, für Schadenersatz, Diss. Erlangen, 1897.
- Scialoja (V.).** — Responsabilità e volontà nei negozi giuridici, Rome, 1885.
- Thon.** — Die Haftpflicht des Offerenten bei Widerruf seiner Offerte, *Archiv. f. d. civ. Praxis*, t. 80, 1893, p. 94 ss.
- Thur (A. von).** — Ueber die Mängel des Vertragsabschlusses nach S. O. R., *Zeitschrift f. schweiz. Recht*, N. F., XV, 1896, p. 278 ss.; XVI, 1897, p. 1 ss.; XVII, 1898, p. 1 ss.
- Tissier.** — *Revue bourguignonne de l'enseign. sup.*, XIII, 1903, n° 1, p. 187 ss.
- Titze.** — Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichem Recht, Leipzig, 1900.
- Ude.** — Ueber die Bedeutung des Grundsatzes: Impossibilium nulla est obligatio, *Archiv. f. d. civ. Praxis*, t. 48, 1865, p. 246 ss.
- Unger.** — Ueber die legislative Behandlung des wesentlichen Irrtums bei obligatorischen Verträgen, *Zeitschrift f. d. priv. u. öff. Recht d. Geg.*, XV, 1888.
- Valéry.** — Des contrats par correspondance, Paris, 1895.
- Vareilles-Sommières (de).** — Etude sur l'erreur en droit romain et en droit français, Paris, 1871.

- Venezian.** — L'errore ostativo, dans les *Studj di dir. in on. di V. Scialoja*, Milan, 1904, I, p. 183 ss.
- Voigt.** — Die Theorie von der jur. Relevanz von error und ignorantia, *Archiv. f. d. civ. Praxis*, t. 53, p. 404 ss.; t. 54, p. 194 ss.
- Weinberg.** — Der Ersatz des negativen Interesses nach bürgerlichem Recht, Diss. Rostock, 1903.
- Werthauer.** — Ueber den Einfluss des Irrtums auf Verträge, Breslau, 1887.
- Wilutzky.** — Was gehört zum Vertrauensinteresse? (das Recht, V, 1901, Nr. 8).
- Windscheid.** — Wille und Willenserklärung, *Archiv. f. d. civ. Praxis*, t. 63, N. F., XIII, 1880, p. 72 ss.
- Zimmermann.** — Zwei Rechtsfälle als Beitrag zur Lehre von der Nichtigkeit der Verträge wegen Unmöglichkeit der übernommenen Leistung und von der culpa in contrahendo, *Jahrb. f. Dogm.*, XIII, 1873, p. 384 ss.
- Zitelmann.** — Irrtum und Rechtsgeschäft, Leipzig, 1879.
— Die juristische Willenserklärung, *Jahrb. f. Dogm.*, XVI, N. F. IV, 1878, p. 357 ss.
-

ESSAI

SUR LA

RESPONSABILITÉ PRÉCONTRACTUELLE

INTRODUCTION

RESPONSABILITÉ ET VOLONTÉ.

I. — Le terme de responsabilité précontractuelle ne se rencontre que dans les écrits les plus récents (1), et la doctrine qu'il définit est elle-même un produit de l'esprit moderne. C'est Ihering qui la construisit de toutes pièces dans l'un de ses essais les plus remarquables (2) : il soutint, il est vrai, pour le triomphe de sa théorie, qu'elle était d'inspiration traditionnelle, et il chercha à lui donner

(1) G. Faggella, *Dei periodi precontrattuali e della loro vera ed esatta costruzione scientifica*, dans les *Studi giur. in on. di C. Fadda*, Naples, 1906, III, p. 269 ss. — R. Saleilles, De la responsabilité précontractuelle à propos d'une étude nouvelle sur la matière, *Rev. trim.*, t. VI, 1907, p. 697 ss. — Nous employons ce terme comme synonyme de responsabilité dans la formation des contrats.

(2) R. von Ihering, Culpa in contrabendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen, *Jahrb. f. Dogm.*, t. IV, 1860, p. 1 ss., dans ses *Œuvres choisies*, trad. Meulenaere, Paris-Bruxelles, 1893, t. II, p. 1 ss.

des assises romaines. Mais le point de départ était une pensée pratique : le jurisconsulte allemand avait été frappé par certains défauts de la théorie des nullités, et spécialement de la nullité pour erreur. Dans une casuistique abondante, il fait rayonner le principe qu'il a découvert dans toutes les directions du droit précontractuel. Ce fut une véritable découverte dans le monde juridique, qui comblait heureusement les lacunes des sources sur le problème de la formation des contrats, et devait en outre inspirer toute une série de recherches pour suivre dans cette voie le développement du commerce moderne.

La formule de Ihering a été étendue à de nouveaux domaines ; nous nous limiterons cependant à son objectif le plus naturel, qui est le contrat patrimonial du droit privé.

a) Il peut y avoir dans l'acte juridique de droit public certaines difficultés semblables touchant la formation de l'acte, ses réquisits de perfection, mais l'extension par analogie des règles du droit privé ne peut se recommander aussi simplement sans une étude distincte des caractères propres au commerce juridique de droit public.

b) D'autre part, en dehors des déclarations de volonté tendant à un contrat, il y en a d'autres encore, adressées ou non à personne déterminée, impliquant ou non réception : s'il peut, dans la formation des actes juridiques unilatéraux, s'élever des problèmes de responsabilité, c'est là une étude qui comporterait à notre avis beaucoup de scolastique, et qu'il convient de laisser actuellement aux interprètes du Code civil allemand, qui consacre cette solution (§§ 122, 180).

c) Et même parmi les contrats, on se restreindra pour plus de sûreté aux contrats du commerce patrimonial : le droit de famille, et aussi le droit des libéralités, se sépa-

rent profondément, même sur les règles les plus générales, du droit des affaires ; en évitant une systématisation excessive, on garde pour la discussion un terrain suffisant, et plus homogène.

d) Enfin l'exposé de la doctrine se limite aux relations de responsabilité qui s'établissent entre contractants, entre parties à l'acte ; leur situation commune à l'égard des tiers peut donner lieu à des problèmes analogues, et ce n'est pas sans raisons que les auteurs allemands rapprochent l'étude de la réserve mentale et celle de la simulation (C. civ. all., 116, 117). Mais on évitera cependant de détruire l'unité du sujet qui, dans les limites indiquées, présente déjà des difficultés assez diverses (3).

Il paraît cependant assez simple d'écrire : là où un dommage injuste est causé à autrui s'élève un problème de responsabilité, et cela dans la formation du contrat comme en toute autre matière. Mais précisément comment causer un dommage injuste à notre co contractant dans la création de ce rapport d'obligation, si nous ne supposons qu'il avait un certain droit acquis à une formation normale, qu'il pouvait avoir une confiance légitime, résultant donc de notre agissement contractuel ? Et alors est-ce cet acte, le contrat même, qui créera l'obligation de réparer le dommage, sans avoir pu créer l'obligation principale qu'on visait à assumer ? L'intérêt de la question fut longtemps regardé comme considérable : par l'idée d'une garantie contractuelle, la simple constatation de l'obligation inexécutée signifiait déjà violation du droit de créance d'autrui, alors que l'opinion traditionnelle était que, dans

(3) A plus forte raison ne sera t-il pas parlé de la responsabilité des rédacteurs d'actes (notaires, huissiers, etc...) à raison de la nullité de leurs actes.

le domaine des devoirs généraux humains, l'équilibre des relations n'est pas troublé par une activité non fautive. Cependant le droit récent a modifié les données du problème par la reconnaissance d'obligations sociales plus étendues et le développement des hypothèses de responsabilité sans faute. Et alors, dans tous les cas où on ne peut admettre que les tractations aient déjà constitué une sorte de contrat imparfait, ne doit-on pas refuser à la responsabilité dans les phases anté-contractuelles un caractère qui contredit l'ordre inéluctable des faits ? Car enfin, quelque étendue que soit la sphère d'autonomie privée, la reconnaissance des droits éventuels souffre cependant une limite (4).

II. — La doctrine contemporaine critique surtout le caractère contractuel de maintes obligations autrefois reliées au contrat pour son caractère de bonne foi ; le contrat était regardé comme le générateur de toutes les obligations initiales ou subsidiaires incombant à la charge des parties ; par suite de l'existence d'une forme de relation contractuelle, toutes les fautes qui intervenaient étaient fautes contre le contrat ; les obligations violées étant de nature à faire sentir plus fréquemment leur action, on considérerait comme conforme à l'intention des parties de les faire rentrer dans le contenu de l'acte, alors même qu'elles possédaient une existence indépendante. Ce point de vue paraît très contesté : « Il n'y a de contractuelles, écrit

(4) Mais le domaine propre des deux théories a parfois été méconnu, comme on le verra sur l'article 1178. Il doit être rappelé aussi que, pour quelques auteurs, les effets intérimaires produits dans la période de suspens ne se rattacheront pas à l'acte même, mais seulement à l'expectative protégée par le droit ; comp. sur cette discussion, A. Scialoja, *Condizione volontaria e condizione legale*, dans ses *Studi di dir. priv.*, Rome, 1906, p. 21 ss.

M. Planiol (5), que les obligations exceptionnelles qui ne sont pas établies par la loi d'une façon générale pour tout le monde, et qui s'ajoutent à nos charges normales quand nous entravons notre liberté naturelle par des conventions particulières. » Il n'y a pas lieu de rechercher dans quelle mesure ce principe, pris à la lettre, nous ramènerait sur la voie du contrat de droit strict (6), et il y en a qui, dans cette tendance d'évolution régressive, s'avancent jusqu'à prétendre à l'unité de la responsabilité. Mais la plupart des auteurs, même s'ils reconnaissent l'unité de la faute, affirment au contraire avec une netteté croissante la dualité des sources d'obligation, loi et contrat, ou encore fait matériel et acte juridique, en un mot contrainte collective et autonomie privée (7).

Or la réaction est grave contre les principes de l'économie libérale et la définition individualiste de la justice : dans l'envenimement de la vie économique, on reproche à la liberté de l'obligation volontaire certaines formes d'exploitation ; de là une emprise considérable de la tutelle publique sur la vie privée, et on a craint parfois des dispositions moroses, peut-être sans précédent dans l'histoire des peuples civilisés ; des textes, comme le paragraphe 138, alinéa 2, du Code civil allemand, ne constitueraient-ils pas une véritable prime à la chicane pour toute partie qui, ayant fait une mauvaise affaire, viendrait invoquer son inexpérience, sa légèreté ou sa gêne, pour acculer à une transaction son co-contractant humilié ? On doit donc impérieusement exiger la condition de l'abus

(5) *Tr. élém. de dr. civ.*, II, n° 1857.

(6) Comp. la note de M. Labbé, S. 86.4.25.

(7) V. surtout Planiol, *Classification des sources d'obligations*, *Rev. crit.*, 1904, p. 226.

et de l'exploitation : alors on est autorisé à dire que la liberté contractuelle, comme tout autre droit, ne saurait être absolue (8), que l'exercice d'un droit peut dans certaines conditions engager la responsabilité de son titulaire. Mais la doctrine dominante se refuse à ce point de vue et ramène tout à la considération de la volonté : dans la lésion, qui est un préjudice, un dommage, qui éveille donc le plus naturellement un problème de responsabilité, elle voit un vice de la volonté ; de même le dol et la violence semblent perdre leur signification de faits délicieux. C'est qu'il faut faire toujours sa place à la volonté, c'est qu'il faut construire le contrat sur des assises puissantes qui en fassent le suprême régulateur de toute la vie juridique ; et en effet, l'idéal de la doctrine, « c'est le contrat, c'est le respect de la volonté, c'est l'idée que tous les rapports juridiques devraient reposer sur des accords et des échanges de volontés ». Juristes et économistes veulent partout pouvoir dire : « Cela est juste parce que cela a été voulu » ; et il n'y a pas pour eux d'autre juste prix que le prix conventionnel (9).

« C'est qu'ils font dériver le droit de la convention, tandis qu'en réalité la convention doit se conformer au droit. » Cette parole de M. de Laveleye (10) donne la di-

(8) Le principe de l'équilibre des intérêts en présence est d'un ordre trop impérieux pour avoir jamais été entièrement méconnu (V. C. civ., 1855, 2078) ; sur cette véritable loi de mécanique sociale, V. encore Pittochi, *Lo stato di necessità e il contratto di lavoro*, Rome, 1907.

(9) R. Saleilles, *Les accidents du travail et la responsabilité civile*, Paris, 1897, p. 21 ; *La déclaration de volonté*, Paris, 1901, § 141, n° 60. — Sur les fictions dont cette théorie a encombré le droit, G. Dereux, *De l'interprétation des actes juridiques*. Th. Paris, 1905, p. 312 ss.

(10) *Éléments d'économie politique*, 1882, p. 202.

rection de nos recherches : ce triomphe de la volonté est réalisé aux dépens des besoins de la vie et des exigences du « droit juste » ; là où elle fait défaut, peut-on dire qu'il n'y a qu'une apparence de contrat sans valeur, un simple fait juridique, alors que nous voyons le droit refuser déjà de prendre en considération la réserve mentale, ou encore limiter étroitement la concession de l'annulation pour erreur ? Ainsi l'élément volontaire lui-même est mis en discussion et toute la vertu propre du contrat ébranlée ; la doctrine dominante voit le péril et à son tour met en valeur le principe de responsabilité : par là s'expliqueront toutes les exceptions et les restrictions de la pratique. « Pour qui sait combiner le droit des délits avec celui des contrats, écrit M. Thaller (11), le cas cesse de se montrer réfractaire à la satisfaction de l'équité : les ressources que fournit notre article 1382, lorsqu'il est prudemment appliqué, sont, dans le domaine du droit privé, véritablement illimitées. » Responsabilité et volonté, tels seraient les éléments constructeurs de l'acte juridique ; mais ce dualisme représente une position instable ; si la responsabilité peut suppléer la volonté là où elle fait défaut (12), il n'y a pas place pour une doctrine intermédiaire, qui sauverait quelque chose de la Willenstheorie : il ne faut pas oublier que, sur la volonté, on veut faire reposer non seulement une règle de droit, un principe juridique, mais encore une définition, celle de l'acte juridique, envisagé comme la manifestation de la force créatrice de la volonté dans le domaine du droit. Or on peut accorder qu'une

(11) De la nature juridique du titre de crédit, *Ann. de dr. comm.*, XX, 1906, p. 5 ss., n° 32.

(12) V. expressément Chironi e Abello, *Tratt. di dir. civ. it.*, Turin, I, 1904, p. 480.

règle souffre des exceptions, mais une définition jamais.

III. — Ceci détermine une nouvelle évolution doctrinale qui aboutira à déplacer les bases de l'obligation contractuelle : la reconnaissance de sources de responsabilité dans la formation des contrats nous montre qu'il n'y a pas là un champ clos abandonné par le droit objectif à l'autonomie privée (13). Le problème de la responsabilité et de la garantie se pose en de nouveaux termes : car la responsabilité ne peut dériver de la volonté si elle aboutit à la suppléer ; mais précisément dans son effet elle crée le contrat et se manifeste ainsi contractuelle. Et c'est un retour à l'idée d'obligation par acte juridique, mais cette fois avec des caractères entièrement modifiés ; l'étude de cette phase intermédiaire entre le fait et l'acte juridique que constituent les tractations a mis en lumière qu'il ne faut pas exagérer cette distinction (14) : la déclaration de volonté est un fait matériel, dans quelles conditions va-t-elle constituer un acte juridique ?

Il n'est pas question de renier une classification qui est à la base de tout le commerce juridique : la loi ne l'ignore pas et tient pour différentes les situations d'irresponsabilité et celles d'incapacité. Mais la séparation n'est pas et ne peut pas être absolue si l'incapable est responsable de

(13) Aussi M. E. Lévy (*Responsabilité et contrat, Rev. crit.*, 1899, p. 374) pouvait-il dire : « Le contrat au moyen duquel on veut expliquer la confiance s'explique lui-même et toujours ne s'explique que, précisément, grâce à un tel rapport de confiance. »

(14) Est-ce que le délit à lui seul ne parvient pas à former un acte juridique ? Le Code civil (792, 1460) décide que le recel ou le divertissement d'effets entraîne acceptation de la succession ou de la communauté. La doctrine n'a pas voulu se soumettre et longtemps a vu dans cette acceptation forcée une déclaration de volonté tacite ; elle en concluait à l'absence d'obligation de l'incapable ; comp. Planiol, III, n^{os} 2007, 1224.

certaines dissimulations de son incapacité. Peut-être alors pourrait-on parler de situations mixtes où le droit violé n'est pas aisément déterminable. De plus en plus cependant s'accroît la réaction de l'obligation contre la responsabilité, soit que l'extension de la responsabilité sans faute rencontre toujours des difficultés, soit que la nécessité d'évaluer le dommage conduise aux procès d'une manière inévitable ; et, comme le dit Kohler (15), il y a là un très grave inconvénient avec les frais si élevés qu'entraîne l'appareil judiciaire moderne ; plus on élève le procès comme institution, plus on est convaincu de l'immense bienfait qui échet à l'humanité lorsqu'elle passa de la justice privée aux procès, et d'autant plus on doit faire ressortir « que le procès n'est pas le pain de la vie ordinaire qui doit apparaître tous les jours dans la maison du citoyen », mais un combat qui, lorsqu'il est indispensable à la défense du droit, doit être conduit alors avec énergie ; c'est en un mot une organisation d'Etat beaucoup trop haute pour pénétrer tous les jours dans la vie de l'homme.

La doctrine récente se tenant sur le terrain préventif, réalise ainsi une fusion plus intime de la responsabilité et du contrat, si l'efficacité de l'acte est rendue dépendante, non plus de concepts *a priori*, mais de la conduite du déclarant ou de la confiance du destinataire. Sur cette dernière base, peut-être un peu unilatérale à son tour, on a voulu édifier une synthèse grandiose qui donnerait satisfaction à toutes les exigences du commerce juridique : née d'une situation ou d'une promesse, la relation de confiance exprimerait l'essence du droit ; c'est là, et non dans la recherche des intentions présumées, que se devrait trouver

(15) Ueber den Willen im Privatrecht, *Jahrb. f. Dogm.*, XXVIII, 1889, p. 227.

la solution des difficultés pendantes ; elle aspire visiblement à jouer le même rôle dans le droit qu'autrefois la *questio voluntatis* ; ce qui crée le droit, ce n'est pas l'acte de volonté, c'est le sentiment d'avoir bien agi, d'avoir eu une conduite normale, encore que l'on ait été égaré par les apparences. Cependant, si cette tendance à prémunir le crédit public contre tous les risques est bonne pour la politique législative, il est moins sûr que pour le droit positif le jurisconsulte puisse suppléer, sur la seule considération de la bonne foi, toutes les lacunes d'une organisation fragmentaire (16). L'opinion scientifique proteste sourdement contre cette restauration de l'empirisme, cette apothéose des « fondements de la croyance » ; elle n'accepte pas cette opposition de la logique et des besoins de la vie, qui ne pourrait s'entendre que d'une logique inexacte, et elle se refuse à abandonner le rationalisme des constructions. Pour notre part, l'étude de la *diligentia in contrahendo* et des faits générateurs de responsabilité nous amène plus naturellement à l'examen de la conduite de l'auteur du dommage que de celle de la victime ; on allègue ingénieusement, il est vrai, que l'énigme du problème moderne de la responsabilité trouverait une solution très simple dans l'étude du rapport de confiance : même cette différence d'effets que l'on veut faire prévaloir entre le dol

(16) Entre bien d'autres exemples, V. Planiol, 2^e éd., I, n° 2372, au sujet des actes passés par la mère tutrice non autorisée de son conseil de tutelle : ces actes n'ouvrent pas seulement un recours en dommages-intérêts contre la mère, ils sont annulables, et cependant aucune mesure de publicité n'est édictée par la loi : « Ceux qui traitent avec une veuve, tutrice légale de ses enfants, ont donc à prendre leurs précautions ; ils doivent savoir que la nomination d'un conseil a pu être faite par le mari prédécédé et vérifier si, en fait, elle a eu lieu. » — Comp. Aubry et Rau, § 99 *bis*, n. 48, 5^e éd., I, p. 636.

et la faute (17) ne s'explique-t-elle pas aussi bien par ce motif que la conduite dolosive trompe plus gravement la confiance nécessaire à l'entretien des relations sociales (18)? Cette dépense de subtilité ne peut nous autoriser à méconnaître combien ce point de vue est plus sûrement fondé dans les limites restreintes où il prête son appui aux constructions voisines du droit putatif et de l'erreur commune.

(17) V. par ex. Thaller, *Tr. élém. de dr. comm.*, n° 560; C. civ. all., § 179, etc...

(18) E. Lévy, *Responsabilité et contrat*, p. 35, n. 4.

I

LES SOURCES ET LA RESPONSABILITÉ PRÉCONTRACTUELLE.

LES HYPOTHÈSES DE CONTRAT IMPOSSIBLE.

1. — L'évolution du droit romain.

Les interprètes des sources romaines en ont souvent présenté des commentaires qui paraissent bien peu satisfaisants à une exégèse minutieuse ; mais aux époques où le droit romain avait une valeur pratique immédiate, on ne recherchait pas l'interprétation la plus conforme à la pensée de l'auteur du fragment, mais celle qui donnait le sens pratique le plus avantageux. En ce sens, on a pu dire que l'induction de Ihering lui-même était défectueuse, parce qu'il a déjà trouvé son principe et que ce n'est qu'apparemment qu'il le tire des textes ; aussi se préoccupe-t-il moins de leur contenu réel que de ce qu'il a besoin d'y trouver (1). Il y a, à la vérité, quelques textes romains, mais assez obscurs, relatifs à une seule hypothèse, celle de la vente d'un objet impossible (2). On s'ef-

(1) W. Brock, *Das negative Vertragsinteresse*, Berlin, 1902, p. 10, 49 ss.

(2) Ihering avait renoncé à se servir du D. 19, 1, *De act. empti et vend.*, 21, 2, qui passe à bon droit pour l'un des plus obscurs des *Pandectes*. Seulement, comme ce texte est relatif à l'erreur vice de la volonté, on a voulu le faire intervenir dans le débat pour avoir une preuve directe au lieu d'une simple extension par analogie. Voici ce texte : « *Quamvis autem supra diximus, cum in corpore consentiamus, de qualitate autem dissentiamus, emtionem esse, tamen ven-*

forcera de les situer impartialement dans le développement historique.

Il faut prendre le droit romain à ce moment de son évolution où les actes juridiques ne sont plus gouvernés exclusivement par des conditions de forme : à ce point de vue, les contrats de droit strict forment la transition entre les actes formalistes du droit primitif et les contrats de bonne foi postérieurs ; on y trouve exigées certaines conditions de fond, notamment la présence d'un objet licite et possible : le défaut de ces qualités entraîne nullité de la stipulation (3) ; et nullité de la stipulation, cela exclut toute allocation de dommages-intérêts au profit du créancier de bonne foi à qui la nullité porte préjudice, car le contrat est restrictivement interprété et il n'a pas prévu une telle obligation à la charge du stipulant. Il est vrai que le créancier pourra se protéger contre le débiteur en exigeant de celui-ci une promesse de s'abstenir de dol (*stipulatio de dolo*) ;

ditor teneri debet quanti interest non esse deceptum, etsi venditor quoque nesciat ; veluti si mensas quasi citreas emat, quæ non sunt ». Telle est du moins la lecture de Mommsen (*Beiträge zum Obligationenrecht*, I, Brunswick, 1853, p. 208, n. 30), et alors le texte est sans utilité puisqu'il s'agit d'un contrat valable ; d'ailleurs, il doit en être ainsi puisqu'il s'agit d'une erreur sur la qualité (Savigny, *Tr. de dr. rom.*, trad. Guenoux, III, p. 300 ss. ; Girard, *Manuel élém. de dr. rom.*, 3^e éd., Paris, 1901, p. 457, n. 5). Mais cette leçon est contestée parce qu'un manuscrit porte : *emtionem non esse* ; et, d'autre part, on doit convenir que la proposition : *tamen et venditor...* s'accorde mal *a priori* avec la validité (Köppen, *Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden*, *Jahrb. f. Dogm.*, XI, 1871, p. 283 ss. ; Melliger, *Culpa in contrahendo oder Schadenersatzes bei nichtigen Verträgen*, Diss. Zurich, 1896, p. 47 ss.). Sur une correction tout à fait aventureuse de Puntchart, *Die fundamentalen Rechtsverhältnisse des röm. Rechts*, Innsbrück, 1885, p. 176 ss. ; V. Melliger, *op. cit.*, p. 47 s.

(3) Gaius, 3, 97 ; D. 44, 7, *De oblig. et act.*, 1, 9 ; 45, 1, *De verb. oblig.*, 103.

plus tard, après la création de l'action pénale de dol, cette stipulation ne sera même plus nécessaire, quoiqu'encore utile, parce que l'*actio ex stipulatu* est, à la différence de l'action de dol, perpétuelle et passivement transmissible ; mais dans les deux cas le créancier n'atteindra jamais que le débiteur de mauvaise foi (4).

Le développement des contrats de bonne foi devait lui apporter un secours plus efficace grâce à l'adoption d'un système d'interprétation plus large ; il semble y avoir eu cependant des hésitations dans la jurisprudence romaine sur les moyens qui permettraient de faire supporter par le vendeur le dommage causé à l'acheteur de bonne foi. Certainement les conditions d'admission de l'*actio legis Aquiliæ* étaient trop étroites ; le préteur dut intervenir une fois de plus pour corriger le vieux droit civil et élargir la théorie des délits privés : un texte d'Ulpien nous le montre donnant une action *in factum* à l'acquéreur de bonne foi d'un terrain religieux vendu comme profane (5). L'action était sans doute délictuelle parce que le contrat nul ne pouvait engendrer aucune obligation, mais le jurisconsulte cherche à la rapprocher de l'action du contrat ; il déclare qu'elle est *quasi ex emto*, ce qui lui permet de la déclarer passivement transmissible (6). Or plus tard et sans doute quand ils auront déduit toutes les conséquences de la bonne foi exigée dans le contrat, les Romains n'hésiteront pas à ac-

(4) Girard, *op. cit.*, p. 441 s.

(5) D. 44, 17, *De relig. et sumpt. funer.*, 8, 1 : « Si locus religiosus pro puro venisse dicetur, Prætor in factum actionem in eum dat ei, ad quem ea res pertinet, quæ actio et in heredem competit, cum quasi ex emto actionem continet ».

(6) Soléilles, *Th. gén. de l'oblig.*, n° 155 *in fine* ; A. Legros, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité en cas de nullité des contrats*, Th. Dijon, 1900, p. 86.

corder l'action *emti* elle-même ; dans quelques cas, malgré l'impossibilité de l'objet, ils iront jusqu'à dire que la vente est valable (7) par faveur pour la bonne foi : on rencontre quelques textes qui tiennent ce langage, notamment dans l'hypothèse de la vente d'un homme libre comme esclave.

Il semble en effet qu'il y ait eu en cette matière un développement particulier : les textes nous affirment que la vente d'un homme libre à un acheteur de bonne foi est un contrat valable, et il faut rechercher les motifs de cette dérogation grave aux principes. On a parfois recouru à une explication historique sur un texte de Julien qui, dans une hypothèse où l'exécution de la vente avait eu lieu par mancipation, déclarait le vendeur tenu *evictionis nomine* (8) ; l'acquéreur par mancipation de l'homme libre, évincé par la *vindicatio libertatis*, devait avoir l'*actio auctoritatis* comme l'acquéreur par mancipation de l'esclave d'autrui : la vengeance avait même raison de s'exer-

(7) On a prétendu que déjà selon le texte d'Ulpien le contrat serait valable, et c'est ce que voudraient dire les mots : *quasi ex emto* ; l'action viserait donc l'intérêt d'exécution, et si l'on objecte que du contrat valable doit naître l'*actio emti*, on répond en se référant aux rapports du droit civil et du droit prétorien ; comp. les actions *in factum et in jus* données au déposant (Leonhard, *Zeitschrift f. d. ges. Handelsr.*, XXVI, 1881, p. 294). D'autre part, on a voulu remanier ce texte : Puntchart (*op. cit.*, p. 166 ss.) introduit après : *eum*, la proposition relative : *qui intulit*, de telle sorte que l'action est donnée, non pas contre le vendeur, mais contre un tiers ensevelisseur qui a fait perdre au fonds son caractère profane ; il explique ainsi la loi 8, 1 par la loi 2, 1 et la loi 7, pr., alors que les hypothèses prévues étaient toutes différentes (Melliger, *op. cit.*, p. 37 s. qui croit le mot : *ei* interpolé ; Legros, *op. cit.*, p. 88 ss.).

(8) D. 21, 2, *De evict.*, 39, 3 : « ... *qui liberum hominem sciens vel ignorans tanquam servum vendat, evictionis nomine tenetur : quare autem pater, si filium suum tanquam servum vendiderit, evictionis nomine obligatur* ». — V. Girard, *op. cit.*, p. 440, n. 4.

cer et on sait que l'*actio auctoritatis* était délictuelle, tendait au paiement d'une composition pour apaiser la colère de l'offensé. La question devait se présenter dans le cas où la vente avait été exécutée par tradition ; et alors on comprend les hésitations de Paul qui, après avoir posé le principe de la nullité, conclut à la validité par faveur pour la bonne foi (9), sans doute, comme il le dit dans un autre fragment, parce qu'il est difficile au premier abord de distinguer un homme libre d'un esclave (*quia difficile diagnosci potest liber homo a servo*) (10) ; et c'est cette solution qui finit par prévaloir, car Licinius Ruffinus qui l'adopte nous dit qu'elle fut admise par la plupart des jurisconsultes (*plerique existimaverunt*) (11). Les textes parlent nettement d'une *emtio* valable, et rien ne fait supposer ici que ce ne fût pas l'intérêt d'exécution qui dût être presté : Ihering est resté seul à le contester (12). C'est que la vente de l'homme libre comme esclave devait être une source abondante de tromperies et de fraudes de toute sorte, comme le montrent d'autres dispositions, notamment la peine du refus de *proclamatio in libertatem* pour l'homme libre qui aurait participé à la fraude du vendeur, devant partager plus tard avec lui le profit de la vente (13).

(9) D. 40, 13, *quibus ad libert. proclam. non licet*, 4 : « *in libero autem homine neque venditio constitit, et nihil est quoniam veneat...* » et plus loin : « *... venditio quidem tam servi quam liberi contrahi potest, et stipulatio de evictione contrahitur* ».

(10) D. 18, 1, *De contrah. emt.*, 5.

(11) D. 18, 1, *De contrah. emt.*, 70 : « *Liberi hominis emtionem contrahi posse plerique existimaverunt, si modo inter ignorantes id fiat ; quod item placet etiam si venditor sciat, emtor autem ignoret ; quod si emtor sciens liberum esse emerit, nulla emtio contrahitur* ».

(12) *Op. cit.*, p. 57. Réfutation dans Brock, *op. cit.*, p. 14 ss.

(13) D. 40, 12, *De liberali causa*, 23.

Mais que décider pour la vente d'une *res extra commercium*, par exemple d'un *locus religiosus* ? Certainement elle est nulle en général (14) ; mais la bonne foi de l'acheteur ne la rend-elle pas aussi valable ? On ne s'est pas trouvé en face de nécessités aussi pressantes ; cependant on a vu qu'une *actio in factum* avait été accordée par le prêteur pour protéger la bonne foi surprise ; mais ce n'est pas encore là la validité du contrat. A la fin de l'époque classique, Modestin substitue cependant l'*actio emti* à l'*actio in factum*, tout en reconnaissant d'ailleurs que le contrat est nul (*licet emtio non teneat*) (15) ; ce texte a paru énigmatique : comment accorder l'action du contrat s'il n'y a pas contrat ? Cependant il n'y a rien là d'absolument incohérent, car l'action du contrat ne suppose pas nécessairement sa validité ; elle était souvent employée à faire valoir d'autres prétentions que celles résultant du contrat ; et précisément ici le but principal de celui-ci, la tradition de la chose, étant irréalisable, le texte indique

(14) D. 18, 1, *De contrah. emt.*, 24 (Ulpian) : « *Hanc legem venditionis, si quid sacri vel religiosi est, eius venit nihil, supervacuum non esse, sed ad modica loca pertinere. Ceterum si omne religiosum, vel sacrum, vel publicum venierit, nullam esse emtionem.* » A la vérité, Puntschart (*op. cit.*, p. 170) interprète le texte en ce sens que la nullité dériverait, non du caractère de l'objet, mais d'une clause spéciale de la convention (*si quid sacri vel religiosi est, eius venit nihil*) ; mais le *ceterum*, qui est en tête de la dernière phrase, montre qu'il est fait abstraction de la clause pour prononcer la nullité quand l'objet est entièrement hors du commerce (V. Melliger, *op. cit.*, p. 32 ss. ; Legros, *op. cit.*, p. 91) ; V. cep. encore Leonhard, *loc. cit.*, p. 295 ; mais V. alors D., *h. t.*, 34, 1 ; C., 9, 19, *De sep. viol.*, 1 (*tametsi jure venditio non subsistat*).

(15) D. 18, 1, *De contrah. emt.*, 61. 2 : « *Qui nasciens loca sacra vel religiosa vel publica pro privatis comparavit, licet emtio non teneat, ex emtio tamen adversus venditorem experietur, ut consequatur, quod interfuit ejus, ne deciperetur.* »

expressément à quoi tendait l'*actio emti* (*ut consequatur, quod interfuit ejus, ne deciperetur*) (16).

Cependant, si l'on admet la nullité de la vente du *locus sacer et religiosus*, comment expliquer les textes qui l'assimilent à la vente de l'homme libre ? Il existe en ce sens deux fragments de Pomponius qui ont beaucoup embarrassé les commentateurs (17). Le premier déclare que la vente d'un homme libre et celle d'un *locus sacer et religiosus* doivent être regardées comme valables au cas où l'acquéreur est de bonne foi (*si ab ignorante emitur*) ; le deuxième fragment paraît apporter une restriction (*sed*), mais il répète le principe en le renversant : il rapporte une opinion de Celsus qui regarde la vente d'un homme libre ou d'une *res extra commercium* comme nulle quand l'acquéreur n'ignore pas le caractère impossible de l'objet. Ihering s'appuyait sur ces fragments pour étendre la nullité même au cas de vente de l'homme libre (18) ; mais le premier de ces textes parle clairement de validité. Aussi la plupart des auteurs, à la suite de Savigny, trouvent la solution inverse plus sûre : la vente d'une *res extra commercium* sera valable au cas de bonne foi de l'acquéreur (19). Beaucoup avouent simplement qu'il y a

(16) Melliger, *op. cit.*, p. 35 ; Brock, *op. cit.*, p. 18 ss.

(17) D. 48, 1, *De contrah. emt.*, 4 : « *Et liberi hominis, et loci sacri et religiosi, qui haberi non potest, emptio intelligitur, si ab ignorante emitur* » ; fr. 6 : « *Sed Celsus filius ait hominem liberum scientem te emere non posse, nec cuiuscunque rei, si scias alienationem non esse, ut sacra et religiosa loca, aut quorum commercium non sit, ut publica, quæ non in pecunia populi, sed in publico usu habeantur, ut est Campus Martius.* »

(18) *Op. cit.*, p. 57.

(19) Le contrat obligera à prêter au moins un équivalent ; V. déjà Burchardi, *Wiedereinsetzung in den vorigen Stand*, Göttingen, 1831, p. 328 ; Savigny, *Oblig.*, trad. Girardin, II, p. 438 ; Brinz, *Pand.*,

entre les textes une contradiction patente ; quelques-uns préfèrent pratiquer l'*ars nesciendi* plutôt que de tenter des conjectures aventureuses (20).

On ne peut cependant voir là une opinion isolée de Pomponius, car il serait singulier que ses contemporains ne la mentionnent pas (21). Plus vraisemblablement on a soutenu qu'il y avait là une interpolation (22) : les deux fragments de Pomponius se suivaient en effet sans interruption dans son ouvrage (23) ; et alors la conjonction *sed*, placée en tête du deuxième, aurait été incompréhensible, devant marquer une opposition, alors que les fragments dans leur état actuel répètent la même idée ; de la sorte, comme le deuxième devait apporter une restriction à un principe trop général formulé par le premier, on a pu conclure à la suppression des mots : *si ab ignorante emitur*, qui terminent le fragment 4. Et il serait également probable que les mots : *et loci sacri et religiosi, qui haberi non potest*, ont dû être interpolés, sans doute à la suite d'une modification analogue dans le fragment 6 où l'incidente : *nec cuiuscumque rei, si scias alienationem non esse*, est sûrement une addition des compilateurs, car elle constitue une faute de construction grammaticale : elle

2^e éd., II, p. 127 ; Dernburg, *Pand.*, II, § 16, n. 43 ; Leonhard, *loc. cit.*, p. 293 ss.

(20) Brock, *op. cit.*, p. 20 ; Windscheid, *Pand.*, II, § 315, n. 5 ; un essai de conciliation, un peu divinatoire, est tenté par Hartmann (*Die Obligation, Untersuchungen über ihren Zweck und Bau*, Erlangen, 1875, p. 170, 180 ss.) : le contrat sur une *res extra commercium* serait valable lorsqu'il y aurait une aussi grande difficulté à éviter l'erreur que dans le cas de la vente de l'homme libre.

(21) Melliger, *op. cit.*, p. 31.

(22) V. Scialoja, *Bullettino dell' Istituto di dir. rom.*, 1889, p. 178 ss. ; Legros, *op. cit.*, p. 93 ss. ; Girard, *op. cit.*, p. 441, n. 1.

(23) Lenel, *Palingenesia juris civilis*, n° 533.

débute en effet au génitif, alors que la précédente et la suivante commencent par un accusatif (*hominem, sacra et religiosa loca*). Le texte devrait être ainsi restitué : « *Et liberi hominis emtio intelligitur. Sed Celsus filius ait hominem liberum scientem te emere non posse, nec sacra et religiosa loca, aut quorum commercium non sit, ut publica, quæ non in pecunia populi, sed in publico usu habeantur.* » Ainsi l'auteur déclarait valable la vente de l'homme libre et mentionnait la restriction de Celsus qui, au cas de mauvaise foi, la déclarait nulle comme la vente des *sacra et religiosa loca*. Les Byzantins altérèrent le texte pour en généraliser l'idée.

L'assimilation définitive de toutes les hypothèses dut donc être l'œuvre des compilateurs ; le langage hésitant de Modestin s'explique comme l'expression d'une opinion de transition ; les anciens principes conduisaient à la nullité, mais le jurisconsulte accorde l'action *emti*, et la systématisation théorique devait conduire à en tirer la validité même de l'*emtio* ; tel aurait été le but du remaniement du texte de Pomponius. Et il y a aussi un texte des Institutes (24), à la vérité mal rédigé, qui établit cette assimilation : celui-ci semble parler de nullité, mais, comme on l'a justement observé, les mots nullité et validité finissent par perdre ici toute importance (25) ; de là, la coexistence dans le même livre du Digeste de deux lois qui tiennent un langage contradictoire, la loi 4 (*emtio intelligitur*)

(24) Inst., III, 23, de *emt. et vend.*, § : « *Loca sacra vel religiosa, item publica, veluti forum basilicam, frustra quis sciens emit, quas tamen si pro privatis vel profanis deceptus a venditore emerit, habebit actionem ex emto. quod non hatere ei liceat, ut consequatur, quod sua interest, deceptum eum non esse. Idem juris est, si hominem liberum pro servo emerit.* »

(25) Legros, *op. cit.*, p. 102.

et la loi 61, 2 (*emptio non tenet*) ; et cela est encore plus accusé dans les Basiliques où ces textes se suivent sans interruption (26) ; on veut dire que la vente est à la fois nulle quant à l'accomplissement de la prestation principale, et valable quant à l'indemnisation de l'acquéreur de bonne foi.

Par contre, dans l'hypothèse de vente d'une chose inexistante, les textes semblent bien admettre la nullité d'une manière générale ; les solutions classiques paraissent avoir été respectées, et cependant on trouve encore deux textes, l'un de Javolenus et l'autre de Paul, qui accordent des dommages-intérêts à l'acquéreur de bonne foi d'une hérédité inexistante (27).

2. — L'impossibilité subjective et le Code civil.

Or, on verra plus loin quelle fut, sur leur objet propre, la destinée des solutions romaines ; mais il faut bien reconnaître que le domaine de la nullité, qu'elles visaient à restreindre, s'est étendu au contraire dans le Code civil, et c'est dans de simples hypothèses d'impossibilité subjective qu'il faudrait admettre une action en dommages-intérêts pour contrat nul : « La vente de la chose d'autrui, dit l'article 1599, est nulle : elle peut donner lieu à des dommages-intérêts lorsque l'acheteur a ignoré que la chose fût à autrui ». Dans la pensée des rédacteurs du Code civil, la vente doit réaliser un transfert de propriété, et si ce résultat ne peut être obtenu, elle est nulle « comme aurait

(26) *Basiliques*, II, 49, 1.

(27) D. 18, 4, *de hered. vend.*, 8 (Javolenus) : «... si nulla est, de qua actum videatur, pretium dumtaxat et si quid in eam rem impensum est emtor a venditore consequatur » ; loi 9 (Paul) : « et si quid emtoris interest ».

pu l'être en droit romain la mancipation de la chose d'autrui » (1). D'autre part, sur le fondement de cette nullité, l'acquéreur de bonne foi a droit à des dommages-intérêts mais quel est le caractère de l'action ? Un ancien commentateur du Code (2) avait soutenu que, la nullité du contrat ne laissant admettre que l'idée d'une responsabilité délictuelle, le vendeur de bonne foi ne devrait pas de dommages-intérêts : cette conséquence a été à bon droit repoussée (3), mais peut-être n'en était-elle pas une, puisque la responsabilité en dehors des contrats peut résulter d'une simple faute de négligence, et il pouvait y avoir négligence du vendeur à ne pas connaître la chose dont il dispose (4). Cependant, même avec son caractère le plus objectif du droit récent, le principe extra-contractuel de la responsabilité n'aurait pas ici une plus grande fortune (5). Ce serait oublier l'histoire et une longue évolution à peine achevée que d'en revenir à l'*actio auctoritatis* du vieux droit des Quirites.

De bonne heure en droit romain l'obligation de garantie eut un caractère contractuel parce que, dans les hypothèses où une mancipation n'était pas possible, l'acquéreur dut chercher à se protéger par des stipulations spéciales dont il reste en effet de nombreuses traces ; l'apparition de

(1) Planiol, *op. cit.*, II, n° 1414.

(2) Duvergier. *De la vente*, Paris, 1835, I, 218.

(3) Bruxelles, 3 janvier 1894, D. 91.2.358.

(4) Legros, *op. cit.*, p. 113 ss. ; V. cep. Saleilles, *Oblig.*, n° 154 ; B. Lacantinerie et Barde, I, p. 333 s.

(5) V. cep. Saleilles, *Les accidents du travail et la responsabilité civile*. Paris, 1897, n° 50. — Aubry et Rau, qui admettent en général que la responsabilité précontractuelle se fonde sur l'art. 1382 (§ 37, *in fine*, 5^e éd., I, Paris, 1897, p. 185), invoquent ici la faute contractuelle (§ 351, n. 45, 5^e éd., V, Paris, 1917, p. 49) ; et on le leur a reproché comme une contradiction (Saleilles, *Oblig.*, n° 162).

la vente consensuelle, contrat de bonne foi, permet de réclamer ces stipulations, puis en les sous-entendant de réclamer la garantie elle-même. Mais la notion de garantie restait liée à celle d'éviction : l'*actio auctoritatis* n'était donnée qu'à l'acquéreur évincé, et les formules primitives de stipulation n'avaient d'autre but que de suppléer cette action. C'est sans doute de ces formules que les jurisconsultes tirèrent les règles de la vente romaine ; le vendeur n'était obligé qu'à procurer la paisible possession ; et c'est seulement dans le droit récent que l'*actio empti* aura une base « plus réaliste », et que certaines hypothèses seront assimilées à l'éviction pour donner droit à la garantie (6).

Or, le Code civil semble encore reproduire les règles romaines, mais il a soudé le contrat au transfert, et si le transfert est impossible le contrat sera inefficace : dans cette hypothèse le droit à la garantie s'ouvrira avant l'éviction. C'est là tout ce que voudrait dire l'article 1599, et en effet les dommages-intérêts accordés à l'acheteur sont évalués selon les règles de l'article 1630 ; notamment le vendeur de bonne foi conserve l'avantage de n'avoir pas à rembourser les impenses voluptuaires (art. 1635) (7). Les auteurs modernes déclarent que la règle de l'art. 1599, dans l'interprétation qui a triomphé, n'est qu'un complément de la théorie de la garantie (8).

Le terme de nullité n'est-il pas alors inexact et mal approprié ? En acceptant les solutions impérieusement réclamées par la pratique, on n'arrive plus à formuler une

(6) V. Girard, *op. cit.*, p. 531 ss., 545 ss., 549 ss.

(7) De Vareilles-Sommières, *Etude sur l'erreur en dr. rom. et en dr. fr.*, Paris, 1871, n° 473 ; ce résultat est reconnu par Legros (*op. cit.*, p. 132 ss.)

(8) Planiol, *op. cit.*, II, nos 1422, 1428.

conception cohérente : nullité relative, dit la jurisprudence (9), réservée à l'acquéreur, susceptible de se couvrir par une ratification du vrai propriétaire ou une acquisition postérieure de la propriété par le vendeur. La doctrine classique des nullités ne peut reconnaître ce monstre, pallier ses difformités. Aussi a-t-on dit : l'article 1599 ne peut être entendu à la lettre ; dans son esprit, il est la preuve que les auteurs du Code civil ont aperçu en cette matière les conséquences de leur nouvelle conception des modes d'aliéner ; mais ils l'ont appliquée gauchement, perdant de vue le jeu naturel des principes généraux. Car, puisque la vente a pour but de réaliser un transfert, le vendeur est obligé de transférer à l'acquéreur la propriété ; l'inexécution de cette obligation donnera à l'acquéreur une action qui sera, selon la conception très large du droit français, l'action en résolution du contrat (art. 1184). De plus en plus, on demande d'entendre en ce sens la conception générale de la loi ; ainsi l'article 1599 serait inutile (10) et avec lui toute la glose chaotique des interprètes du Code civil.

Toute la doctrine moderne reconnaît dans les termes les plus explicites (11) l'existence de cette obligation du vendeur de transférer la propriété à la passation du contrat ; que cette obligation s'exécute automatiquement par le jeu des principes posés, cela n'exclut pas cependant que

(9) V. encore Amiens, 9 décembre 1903, D. 1907.2.273. — Le principe de l'annulabilité a été réfuté d'une manière décisive par R. Demogue, Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance, *Rev. trim.*, IV, 1903, p. 737 ss.

(10) *Bull. Soc. Et. lég.*, IV, 1905, p. 437.

(11) Planiol, *op. cit.*, II, n^{os} 1446 s. (sur l'art. 1603), et 1476 (sur l'art. 1625) ; Guillouard, *Traité de la vente et de l'échange*, 3^e éd., I, Paris, 1902, n^o 293.

le vendeur ne doive fournir les éléments de fait pour l'application de ces principes ; s'il n'en est pas ainsi, on soutient alors que l'action en résolution serait ouverte. Toutefois on doit reconnaître que la solution du droit positif présente ici quelque chose de moins achevé : on ne peut pas dire absolument que la garantie d'éviction s'est changée en une garantie de propriété et que le vendeur doive répondre d'une manière générale du défaut de droit alors qu'il n'y a encore qu'un juste sujet de trouble : s'il a vendu à un deuxième acquéreur qui a fait transcrire son titre avant le premier, celui-ci devra attendre l'éviction pour recourir parce qu'il n'y a pas eu vente de la chose d'autrui (12). Le vendeur n'est pas obligé, comme en droit allemand (C. civ., 433-440), à procurer la propriété (*Verschaffungsprinzip*), en ce sens qu'il devrait fournir un état de droit permanent. Le Code civil paraît bien être resté, en dehors de l'article 1599, fidèle aux vieilles formules romaines, qui restreignaient la garantie à l'état d'obligation accessoire, naissant seulement avec l'éviction. Ce n'est pas ici le lieu de dissenter sur la valeur économique comparée des deux principes. On se borne à retenir le caractère contractuel indiscutable de la dette d'indemnité de l'article 1599 : interprété d'une autre manière, ce texte marquerait une régression profonde.

Les rédacteurs du Code ont été mieux inspirés en maintenant dans l'article 1693 la règle romaine relative à la cession d'une créance inexistante. Le cédant doit garantir l'existence de la créance au temps du transport ; et les formules juridiques sont fixées en ce sens qu'il s'agit de garantir l'existence de la créance aussi bien que le droit du

(12) Saleilles, *Oblig.*, n° 206.

cédant. Il y a eu dans le langage des auteurs quelque flottement, car quelques-uns paraissaient dire que l'inexistence de la créance qui fait l'objet de la cession serait une hypothèse d'impossibilité objective, donc de nullité ; ainsi un héritier trouve dans la succession un titre constatant une créance et il la transporte, ignorant qu'elle a été remboursée. On voudrait appliquer par analogie l'article 1601 : puisque l'objet est entièrement péri, la vente est nulle. Mais les auteurs se divisent sur les conséquences. M. Planiol énonce, à la vérité sous une forme dubitative, « que l'action de l'acheteur est fondée sur l'article 1382 et non sur l'article 1693 » (13) ; mais beaucoup d'autres, comme Duvergier, Laurent, Huc, ne voient pas dans la nullité un obstacle à l'action en garantie. « Si la créance n'a jamais existé parce que l'une des conditions requises pour l'existence du contrat faisait défaut, le cédant a vendu le néant ; il n'y a pas d'objet : il est tenu de la garantie, cela va sans dire » (14).

En réalité, cette assimilation du contrat sur choses corporelles et du contrat sur créances n'est pas exacte ; Ihering (15) avait déjà très bien vu que les solutions romaines favorables à la validité n'infirmait en rien sa théorie, car nous sommes en présence le plus souvent

(13) Planiol, *op. cit.*, II, n° 1629 ; d'ailleurs cet auteur paraît bien rattacher à l'article 1382 les dommages-intérêts dus par le vendeur de la chose d'autrui (*op. cit.*, II, n° 1426-2°), et cela bien qu'il insiste sur la connexion avec la théorie de la garantie.

(14) Laurent, XXIV, n° 541 ; V. aussi Duvergier, *op. cit.*, II, n° 270 ; Huc, *Traité théorique et pratique de la cession et de la transmission des créances*, II, n° 482. — V. les auteurs dans J. Collet, *Du caractère de la garantie en matière de cession de créances*, Th. (Dijon) Lyon, 1904, p. 18 ss.

(15) *Op. cit.*, n° 27.

d'une simple impossibilité subjective. La validité du contrat ne repose pas seulement, comme on l'a dit parfois, sur un motif d'utilité pratique, la difficulté de vérification des fraudes ; elle est une règle scientifique exacte : la créance cédée peut appartenir à une autre personne ou ne pas exister du tout, cela importe peu à la condition qu'elle puisse exister. Or, y a-t-il impossibilité absolue à ce qu'elle existe jamais ? Il faudrait, pour qu'il en fût ainsi, supposer que l'existence de la créance est impossible à concevoir non seulement contre le vendeur, mais *erga omnes* ; cela ne peut se présenter que dans des cas très rares : or, si la créance, ou plutôt son objet, est *in rerum natura*, le vendeur pourra devenir créancier comme il pourrait devenir propriétaire de la chose d'autrui (16) ; la créance inexistante n'est pas, pour ce seul motif, une créance objectivement impossible à acquérir. Le contrat est valable et il n'y a qu'à appliquer très normalement les règles de la garantie (17).

3. — L'impossibilité objective et la jurisprudence française.

En revenant aux véritables hypothèses d'impossibilité objective, nous pouvons reconnaître que les solutions romaines n'ont pas été perdues ; au xvi^e siècle, nos anciens romanistes les étudient ; sans doute sur quelques

(16) L'interprétation restrictive de l'article 1599 laisse le champ libre à l'application des principes ; et il n'y aura qu'exceptionnellement impossibilité objective, comme dans le cas d'une créance cédée sur un débiteur inexistant ; comp. pour la vente d'hérédité la vente de la succession d'un vivant (à condition que les parties l'aient cru ouverte, sinon il y aurait déjà pacte sur succession future).

(17) Eisele, *Civilistische Kleinigkeiten*, X, Ueber den Verkauf einer nicht existirenden Forderung, *Jahrb. f. Dogm., N. F.*, XIII, 1887, p. 308 ss.

points d'histoire, ils donnent des explications erronées, ils se méprennent complètement sur le sens de l'action *in factum* ; quelques-uns n'ont pas compris la différence établie par les textes entre la stipulation contrat de droit strict et la vente contrat de bonne foi ; Cujas (1), par exemple, déclare que la stipulation est traitée autrement que la vente parce qu'elle tend à un transfert de propriété qui n'est pas nécessaire dans celle-ci ; mais on ne voit pas que le transfert de possession soit davantage possible. Dans l'ensemble, la conception générale des textes est déjà clairement énoncée : le contrat est à la fois nul et valable ; Doneau (2) déclare qu'il faut distinguer dans la vente la chose vendue qui ne peut être prestée et l'affirmation du vendeur : l'acheteur aura droit à l'*id quod interest* pour avoir cru à cette affirmation ; Pothier appellera action utile l'action *empti* donnée dans cette hypothèse, par opposition à l'action directe qui tend à l'exécution (3).

Ces solutions ont été transportées dans l'ancien droit français où elles sont appliquées à la vente de choses hors du commerce, notamment de biens ecclésiastiques, et même de choses inexistantes. Dumoulin (4) s'exprime dans les mêmes termes que Modestin sur la vente de la succession d'un moine ou d'une personne vivante : l'acheteur a l'action *ex empto* pour recouvrer le prix, l'intérêt, les impenses. L'action a un caractère contractuel : si l'acquéreur est de bonne foi, le contrat subsiste à l'effet de lui donner droit à des dommages-intérêts contre le vendeur (5). C'est sur cette base romaine qu'un jurisconsulte

(1) Cujas, *Observ.*, 2, c. 5.

(2) *Comment. jur. civ.*, XII, 20, §§ 16 et 17.

(3) *Pandectæ Justinianæ*, I, p. 648 ; II, p. 150.

(4) *Opera*, III, p. 671.

(5) Legros (*op. cit.*, p. 110 ss.) cite des passages très nets du Nouveau Denizart (p. 748) et des Inst. d'Argou (II, p. 233 ss.).

philosophe, Domat, a déjà construit une théorie générale ; voici ce qu'il écrit, avant Ihering : « Les conventions qui se trouvent nulles par quelque cause dont un des contractants doive répondre, comme s'il a aliéné une chose sacrée ou publique, ont cet effet, quoique nulles, d'obliger aux dommages-intérêts celui qui y donne lieu » (6). Une doctrine aussi ample ne se retrouve plus dans les commentaires du Code civil (7) ; le principe de la responsabilité est encore formulé d'une manière très générale par Aubry et Rau, mais non plus rattaché au contrat : « L'annulation même d'un acte, disent-ils, peut être l'occasion d'une demande en dommages-intérêts fondée sur un délit ou un quasi-délit imputé soit à l'une des parties, soit à un tiers (8). »

Selon les décisions judiciaires, la nullité de la vente d'une chose hors du commerce n'exclut pas l'allocation de dommages-intérêts à l'acquéreur de bonne foi ; mais sur quel motif s'appuient ces décisions ? Nous devons d'abord écarter un arrêt (9) qu'on a fait intervenir à tort dans le débat : la vente portait sur un immeuble appartenant à une succession future ; la Chambre des

(6) *Loix civiles*, II, 4, §, n° 15.

(7) On ne trouve que quelques allusions brèves à la possibilité d'une action dans diverses hypothèses, et surtout dans celle de l'annulation pour erreur. Parmi ceux qui ont voulu édifier une théorie générale, on peut mentionner que Solon (*Théorie sur la nullité des conventions et actes en tout genre*, Paris, 1835, II, n° 90) résout le problème par la négative : « Un acte étant annulé, dit-il, le juge ne peut pas prononcer une condamnation en dommages-intérêts contre une des parties, sous prétexte que celle-ci est la cause de la nullité. » Il n'apporte d'exceptions à ce principe qu'au cas de dol ou de disposition légale expresse (C. civ., 1599).

(8) § 37, I, p. 185.

(9) Req., 17 mars 1823, D. *Rép.*, v° *Vente*, n° 40.

requêtes reconnut l'efficacité d'une clause pénale inscrite dans la convention pour le cas où le vendeur n'exécuterait pas ses obligations, parce que l'acquéreur avait ignoré que l'immeuble n'appartenait pas à son vendeur ; du moins la preuve contraire n'avait pu en être administrée. Une pareille décision admettait donc au plus haut degré l'origine contractuelle de la responsabilité, en s'en référant pour l'admission et l'étendue des dommages-intérêts à la convention, qui alors ne pouvait être nulle (art. 1127). Mais en réalité il n'y avait là qu'une simple hypothèse d'impossibilité subjective et le vendeur ne pouvait pas attaquer le contrat, car ce n'était pas un pacte sur succession future, mais une vente de la chose d'autrui. Sans doute la jurisprudence admet bien qu'il n'est pas nécessaire, pour qu'il y ait pacte sur succession future, que la convention porte sur l'universalité ou une quote-part de la succession, et la vente d'un seul immeuble rentre au même titre dans les limites de la prohibition ; mais encore pour qu'il y ait un pacte de cette nature, il faut l'intention des parties dans cette direction spéciale, il faut que les choses vendues aient été considérées par elles comme des choses héréditaires ; ou, selon une formule plus précise, « que les parties aient envisagé le titre héréditaire de l'une d'elles ou de toutes deux à l'égard de cette succession » (10). Tel n'était pas le cas et du contrat valable devait naître la garantie. Il convient d'ailleurs de signaler ce qu'aurait eu de spécialement grave l'admission de la responsabilité dans une hypothèse où la convention por-

(10) M. Nast, *Etude sur la prohibition des pactes sur successions futures*, Th. Paris 1905, n° 203, p. 194 ; Aubry et Rau, § 344, n. 16, IV, p. 542 (sur Cass, 23 janv. 1832, S. 32.1.666). — En sens contraire, V. Legros, *op. cit.*, p. 137.

tait sur un objet, non pas seulement impossible, mais bien illicite : personne ne doit ignorer une telle cause de nullité, personne ne peut de bonne foi prétendre à des dommages-intérêts (11).

Dans une autre espèce, la Cour de Grenoble (12) a étendu à la vente d'une chose hors du commerce les règles de la vente de la chose d'autrui : un fermier de terrains militaires appartenant à l'Etat, à lui sous-loués par la ville de Valence, avait édifié sur ces terrains des constructions importantes ; il obtint de la ville la concession du terrain à perpétuité, à charge de démolir les constructions à ses frais en cas de guerre ; l'année suivante, une ordonnance autorisait la vente qui eut lieu un mois plus tard. La vente portait sur un immeuble du domaine public de l'Etat, et l'acheteur était de bonne foi, car il avait acquis selon un acte qualifié vente et non concession ; la ville, rendue propriétaire dans l'intervalle par un déclassement, actionna quarante ans après la cession les successeurs de l'acquéreur en délaissement de l'immeuble. La Cour commence par établir le droit à la garantie : « Attendu que, si la vente d'une propriété hors du commerce est nulle de

(11) Cependant M. Nast (*op. cit.*, nos 347 s., p. 349 s.), après avoir noté que, puisqu'il faut que les parties aient en vue le titre successif de l'une d'elles ou de toutes deux, elles ne peuvent être de bonne foi, croit qu'il serait équitable dans certains cas d'admettre peut-être des dommages-intérêts en vertu de l'article 1382 ; ainsi quand l'une des parties a fait croire à l'autre que le contrat est valable, par ex. si un usurier a persuadé à un fils de famille qu'il pouvait vendre la succession de ses parents. Mais il ne nous semble pas qu'une erreur de droit touchant ce qui est illicite ou immoral doive être facilement excusable ; on peut tout au plus accorder à cet auteur que la prohibition des pactes sur successions futures est d'un ordre public plus relatif.

(12) 11 janvier 1865, S.65.2.140.

plein droit, comme la vente de la propriété d'autrui, cet acte, inexistant comme translatif de propriété, crée néanmoins pour le vendeur tout un ordre d'obligations ; qu'il s'est engagé en effet, non seulement à transférer à un tiers la propriété de la chose, mais encore à lui en procurer la paisible possession et à le garantir de toute éviction. » Cette obligation, dit la Cour, est consacrée par l'art. 1599, et ceci est le signe que le même traitement va être appliqué aux deux catégories d'impossibilité ; et de même que, lorsque le vendeur de la chose d'autrui a acquis la propriété de la chose, aucune action n'est plus reçue qui porte atteinte au contrat, de même ici comme le maintien du contrat était possible après l'acquisition de l'immeuble par la ville dans son domaine privé, la Cour préféra accueillir l'exception de garantie des défendeurs, parce que « le maintien des représentants du fermier en la possession des terrains revendiqués pouvait seul représenter la complète réparation du dommage que causerait l'éviction ». Ainsi le droit à la garantie est né de la vente obligatoire pour l'acquéreur de bonne foi, et, d'autre part, par la cessation de l'impossibilité objective, le transfert a pu être réalisé : le contrat est pleinement efficace (13).

Mais le droit à la garantie a parfois été plus discuté et, dans une autre affaire, une certaine divergence de vues

(13) M. R. Demogue (Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance, *Rev. trim.*, IV, 1905, p. 789) semble vouloir étendre ce résultat même au contrat nul pour cause illicite ; si la cause perdait ce caractère, il lui paraît que le contrat vicié se trouverait validé et que pour le temps intermédiaire il aurait eu une existence éventuelle ; mais il note lui-même que la jurisprudence est contraire. Un bon exemple de cette « convalescence » par réparation du vice est aujourd'hui fourni par la loi du 1^{er} août 1893, art. 3.

s'est manifestée entre les diverses juridictions. La ville de Lille avait vendu la propriété de la force motrice d'une chute d'eau, objet faisant partie du domaine public communal ; appelée en garantie par l'acquéreur, elle demanda reconventionnellement la nullité de la vente, qui fut donc prononcée par le Tribunal de Lille et la Cour de Douai ; mais la ville était condamnée à payer des dommages-intérêts, l'acquéreur ayant évidemment ignoré l'inaliénabilité ; seulement, tandis que le tribunal déclarait le vendeur responsable en vertu de l'obligation de garantie, la Cour se référait à l'article 1599, et à son avis les dommages-intérêts ne procédaient pas d'une garantie qui justifierait une exception contre l'action en nullité de la vente, mais étaient un effet direct de la nullité elle-même : c'était, semble-t-il, dénier à la responsabilité édictée par l'article 1599 son caractère contractuel. La Cour de cassation rejeta un pourvoi formé contre l'arrêt en faisant principalement appel à l'idée de responsabilité extra-contractuelle : et elle précise la faute de négligence commise par la ville qui réclame la nullité après dix-huit ans d'une possession de bonne foi par l'acquéreur, alors que deux ans avant la vente, elle avait acquis cette chute en exécution d'une délibération du conseil municipal l'affectant à l'usage perpétuel et en commun des habitants. La Cour admet que la décision « trouve un fondement pleinement juridique, non dans le principe spécial de la garantie en matière de vente, puisque la vente était nulle, mais dans le principe général édicté par les articles 1382 et 1383 du Code civil ». Mais elle se réfère ensuite à l'article 1599 du Code civil et aussi aux lois romaines, à l'action *utilis ex empto seu in factum, ut emptor consequeretur quod ejus interfuit ne deciperetur* (14).

(14) Trib. civ. Lille, 3 juin 1876 ; Douai, 8 janvier 1877 ; Cass., 11 février 1878, S. 79.1.496.

Tout cela trahit un certain flottement d'idées : si les solutions romaines dominent toujours notre droit, si l'article 1599 est perpétuellement invoqué, il y a là tout au moins une indication favorable au système de la garantie. Naturellement cela ne peut nous conduire à maintenir la situation créée par le contrat, alors que l'objet conserve son caractère impossible ; le contrat dans la réalisation de son but se heurte à des obstacles objectifs, mais il a cependant établi entre les parties des relations de droit ; il y a un contrat au moins subjectivement formé qui donnera à l'acquéreur des droits semblables à ceux qui résulteraient d'une éviction ; de même que, en présence d'une tentative d'infraction vouée à l'insuccès, alors que le résultat voulu par l'agent ne pouvait être atteint, il se pourrait cependant que cet essai infructueux fût punissable : on peut rapprocher le délit impossible et le contrat impossible.

Cependant le principe de garantie nous conduit à la protection illimitée de l'acquéreur de bonne foi, et ceci est tout de même trop peu en accord avec la nullité. Il ne servirait à rien de dire que, dans la formule même du contrat commutatif, opposé au contrat aléatoire, se trouve incluse une idée de garantie tacite ; lorsque le contrat est aléatoire, les parties d'un commun accord ont altéré le caractère de l'objet qui n'est plus la chose même, mais la chance que cette chose existe (15). Mais le but des parties qui passent un contrat commutatif, s'il exclut en général cette liberté de spéculation, ne peut être compris cependant comme devant aboutir à déplacer indistinctement

(15) Comp. la différence établie par le Code de commerce (366 ss.) entre l'assurance maritime ordinaire et l'assurance sur bonnes ou mauvaises nouvelles (Lyon-Caen et Renault, *Tr. de dr. comm.*, n^{os} 1124 ss., 3^e éd., Paris, 1902, VI, p. 232 ss.).

l'attribution naturelle de tous les risques. Sur ce point, non négligeable est cette excuse du vendeur que, pas plus que l'acheteur, il ne pouvait avoir de doutes sur la possibilité de la chose : la véritable situation de fait dévoilée ou seulement soupçonnée, le contrat n'aurait pu être conclu sur ces bases (16). De toute manière, on peut retenir de la formule de la garantie ce réquisit indiscuté, la bonne foi du demandeur : il ne doit pas avoir connu l'impossibilité ; et à la connaissance il ne faut pas oublier d'assimiler le « devoir connaître » (*Kennenmüssen*), cette diligence que l'on ne saurait mieux préciser qu'en l'opposant à la négligence telle que le Code civil allemand (276) la définit, comme un manque aux soins exigés en affaires. A la vérité la mauvaise foi de l'acquéreur seul n'est pas une hypothèse très pratique (17), et il faut plutôt suppo-

(16) Les parties, connaissant l'obstacle légal, ont pu en envisager la disparition, et si cette prévision n'est pas illicite, le contrat sera seulement arrêté dans la production de ses effets jusqu'à la survenance de l'éventualité qui sera la transformation juridique du bien (Saleilles, *Oblig.*, n° 146). Si elles ont eu seulement des doutes, le contrat peut bien avoir été conclu pur et simple, mais comme on le verra plus loin, on ne comprendrait pas la garantie sans une promesse spéciale qui entraînerait naturellement une augmentation de la contre-prestation ; comp. Huc, VII, n° 67, *in fine* ; Paris, 41 mars 1892, D. 92.2.415.

(17) V. cep. une discussion organisée autour de la répétition du prix dans Troplong (*Vente*, Paris, 1834, I, n° 253) ; Larombière (*Oblig.*, I, art. 1128, n° 9). La scolastique byzantine avait même prévu l'hypothèse d'un dol réciproque des deux parties, qui savent que la chose n'existe plus et cherchent à se tromper mutuellement (V. encore Duvergier, I, n° 239 ; Troplong, *loc. cit.*) ; quel machiavélisme féroce faut-il soupçonner chez ces contractants qui cherchent avec tant d'insistance à s'engager dans un contrat nul, d'un contrat qui ne pourra donc, dès la révélation du défaut d'objet, profiter à personne ? Troublant problème : on peut craindre qu'il n'y ait là un épisode peu glorieux dans l'histoire de la technique juridique.

ser que la convention comporte déjà dans son contenu une limitation de garantie, et ceci naturellement peut résulter des circonstances ; ainsi la diminution de la valeur de la contre-prestation sera un indice non équivoque de l'exclusion de toute garantie ; ce qui nous permet en même temps de comprendre pourquoi en fait les tribunaux refusent à la partie qui a payé un prix très inférieur à la valeur de la chose, le droit d'invoquer une prétendue erreur et de modifier la répartition contractuelle du risque (18). Dans une espèce qui fut jugée par la Cour de Lyon, il s'agissait d'un tableau (le *St-Sébastien* de Delacroix) donné à une commune par l'Etat sur les instances du député de l'arrondissement ; ce tableau fut déposé dans l'église en raison de la nature du sujet ; mais le conseil de fabrique de la commune en disposa, contre l'intention du donateur qui avait voulu gratifier la commune, et contre la nature de l'objet qui n'était pas dans le commerce ; dans l'acte de vente, mention était faite de la possibilité d'une revendication du conseil municipal ; en raison de ce risque un prix très inférieur à la valeur du tableau avait été donné. On comprend qu'il y avait là exclusion de toute garantie, et il fut justement jugé que l'acheteur n'était pas fondé à réclamer une indemnité comprenant les frais de la vente et toutes les dépenses qui furent la conséquence de l'acte (19).

Cependant cette exigence toute négative de la bonne foi est-elle suffisante ? La doctrine ancienne ne le pensait pas, qui n'accordait une action qu'au cas de dol du vendeur ; à la vérité cette sorte d'hypothèse ne sera pas non plus

(18) A. Ritter, *De l'erreur dans les contrats considérée spécialement en matière d'objets d'art*, Th. Paris, 1892, p. 98.

(19) Lyon, 19 décembre 1873, D. 76, 2, 91,

très courante (20), et il y aurait un intérêt très considérable à le faire répondre d'une manière absolue, ou tout au moins lorsqu'il ne peut exciper d'une ignorance excusable. Ihering pensait que, dans le silence des textes (21), on pouvait faire répondre le promettant de sa simple faute : par exemple quelqu'un donne en location un navire dont on attend la rentrée au port à un moment où sa perte est déjà signalée ; le promettant devait connaître cette circonstance et il répondra du préjudice. Et c'est cette opinion qui a triomphé dans le Code civil allemand (§ 307) (22), contre l'ancienne opinion générale du droit commun qui limitait la responsabilité au dol et à la faute lourde, mais aussi contre une opinion récente avancée par Windscheid et qui fut défendue devant la deuxième commission, qui voulait faire répondre le vendeur purement et simplement (23). La nouvelle formule était la suivante : celui qui prend l'initiative d'un contrat doit, disait-on,

(20) Plus fréquemment dans la vente, le dol du vendeur sera tourné vers la validité que la nullité : il cherchera à conclure sous une forme valable un contrat qui devrait être nul ; ceci n'intéresse plus la théorie du contrat objectivement impossible, car il s'agit d'un contrat aléatoire valable : la garantie a été exclue, le prix ne devra pas être restitué, le vendeur vend des prétentions, des chances, et il ne faut pas cependant qu'il sache que ces prétentions sont dérisoires, ces chances vaines. Les uns disent alors qu'on ne peut s'affranchir du dol par convention (Aubry et Rau, § 359 *ter*, n. 3, V, p. 236) ; d'autres que le contrat formé est annulable pour dol (Planiol, II, n° 1646).

(21) D. 18,1, *de contrah. emt.*, 57, pr. — V. Ihering, *op. cit.*, n° 25, p. 61.

(22) Comp. aussi B. Lacantinerie et Barde, *op. cit.*, I, n° 246 ; Larombière (*loc. cit.*) s'en tenait au dol.

(23) Windscheid, *Pandekten*, § 315, n. 7 ; *Protokolle*, I, p. 450 ss. — Le 1^{er} projet (§ 145) avait adopté le point de vue qui a triomphé (*Motive*, II, p. 178 ss.).

s'être assuré que rien, dans l'objet de l'obligation qui va lui incomber, ne s'oppose à la formation du contrat ; donc il garantit avoir fait cette vérification et être par conséquent en situation de conclure le contrat projeté sans qu'il en résulte plus tard un dommage pour l'autre partie ; il prend donc à sa charge le risque des conséquences préjudiciables que pourrait avoir eu son activité personnelle en proposant le contrat. Cependant la restriction d'une *culpa* fut maintenue parce que l'impossibilité de l'objet est reconnaissable pour l'acheteur, à la différence d'une erreur dans la décision de volonté que le co-contractant ne peut même soupçonner et de laquelle celui qui veut déclarer la nullité doit répondre d'une manière objective (C. civ. all., 122).

Ainsi la restriction de la responsabilité du vendeur résulterait de ce qu'une certaine *diligentia* serait aussi requise chez l'acquéreur ; cette idée doit être approfondie parce qu'elle permet de mieux comprendre la nullité et d'écarter toute idée de garantie ; elle a conduit à la conception d'une *diligentia in contrahendo* tout à fait générale, requise indistinctement du vendeur et de l'acquéreur, et c'est bien encore ce nouveau point de vue que le Code civil allemand a fait sien, toujours en opposition avec le droit commun antérieur : car il admet même que l'obligation à réparation n'incombera pas nécessairement à celui qui s'est obligé à la prestation impossible, mais à celui des contractants qui connaissait seul, ou qui était seul en faute d'ignorer l'impossibilité. Peut-être y a-t-il là d'ailleurs une exagération du principe : une diligence absolument égale ne saurait être comprise chez le stipulant et chez le promettant : ce dernier ne saurait se plaindre d'avoir contracté dans ces conditions, car il doit compter sur lui-

même, et non sur l'autre partie, pour connaître ce à quoi il s'engage. Une négligence caractérisée de l'acquéreur ne pourrait, dans l'opinion générale, faire plus que décharger le vendeur de toute responsabilité (24).

4. — La construction générale de Ihering.

Chez les romanistes allemands du début du XIX^e siècle, on ne trouve sur ce problème que quelques notes parcimonieuses : Thibaut (1) note simplement la possibilité d'une action en dommages-intérêts au cas de nullité pour erreur unilatérale ; Schweppe (2) formule un principe plus général sur la responsabilité en suite de nullité, mais il parle simplement d'une action en réparation du dommage pour dol et faute « selon les principes généraux » ; Richelmann (3) est plus explicite : il insiste sur la nécessité de cette action pour le commerce juridique, mais son point de vue tombe dans l'oubli jusqu'à Ihering. C'est à tort cependant que, se plaçant sur le terrain délictuel, il veut faire répondre le demandeur en annulation même de sa faute ; Savigny (4) remarque justement qu'en droit romain le dol

(24) V. sur une hypothèse de cette nature en matière d'impossibilité subjective, Pau, 26 février 1868, D. 68.2.133. — Au contraire, Mellier (*op. cit.*, p. 119 ss.) réclame une extension du système du paragraphe 307 au paragraphe 179 du Code civil allemand : ce serait au tiers ou au *falsus procurator* à répondre du dommage selon les cas ; mais cette position nous paraît insignifiante (V. aussi Brock, *op. cit.*, p. 132, 204). Il en serait autrement dans la théorie des assurances sans risques, où la fraude peut exister aussi bien chez l'assureur qui connaissait l'heureuse arrivée que chez l'assuré qui connaissait la perte : le Code de commerce (365 ss.) édicte sur ce point des sanctions civiles et pénales propres.

(1) *Pandekten*, 9^e éd., § 373, I, 1.

(2) *Das römische Privatrecht*, 4^e éd., III, p. 110, § 418.

(3) *Der Einfluss des Irrtums auf Verträge*, Hanovre, 1837, p. 130 ss.

(4) *System*, III, p. 294 ss.

seul est un principe général de responsabilité extra-contractuelle.

On sait d'ailleurs que Savigny admet la validité du contrat sur objet impossible au cas de bonne foi du créancier ; mais son opinion n'est pas ici unanimement acceptée ; Wächter (5) propose une distinction entre les hypothèses d'impossibilité légale dans lesquelles le contrat serait valable, et celles d'impossibilité physique où les textes imposeraient la nullité. La maxime : *Impossibilium nulla est obligatio*, est admise d'une manière générale par Mommsen (6) dès lors que le contrat est nul, on ne peut tout au plus parler que d'obligation délictuelle ; or les principes romains ne permettent pas d'admettre cette responsabilité au delà du dol et de la faute lourde ; d'ailleurs en législation on peut admettre que l'acheteur de bonne foi doive être protégé, car c'est au vendeur à connaître sa propre chose.

Un grand pas est fait par Scheurl (7) qui porte la question sur un point jusque-là délaissé, le cas du retrait de l'offre dans le contrat entre absents ; selon lui, une offre contient pour le destinataire invitation à une certaine activité ; si celui-ci sur le fondement de cette offre a fait des dépenses que va rendre inutiles le retrait, au moins aurait-il le droit de se faire indemniser par l'*actio mandati contraria*. Cette idée fut même jugée si conforme à la jurisprudence romaine que quelques-uns s'étonnèrent de n'en

(5) *Württembergisches Privatrecht*, II, p. 749.

(6) *Beiträge zum Obligationenrecht*, I, *Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluss auf obligatorische Verhältnisse*, Brunswick, 1853, p. 122 ss.

(7) *Vertragsabschluss unter Abwesenden*, *Jahrb. f. Dogm.*, II, 1858, p. 274 ss.

trouver aucune trace dans les textes (8) ; d'ailleurs Scheurl reconnaissait lui-même que, dans beaucoup de cas, l'offre ne pourrait être regardée comme contenant une invitation de ce genre, et alors il fondait l'obligation de réparer le dommage causé simplement sur la bonne foi du destinataire (*Treu und Glauben*). Le point de vue du mandat aussi rejeté, d'autres, comme Bekker (9), pensaient qu'on pourrait admettre les actions du contrat comme actions utiles, parce que certainement il faut ici une action, et que, s'il n'y en a pas d'autres, au moins faudra-t-il donner l'*actio doli* ; mais, comme on le fit justement remarquer, l'*actio doli* était tout à fait insuffisante, non seulement à cause de sa transmission héréditaire limitée, mais encore à cause de la difficulté de la preuve, de l'absence de garantie contre la négligence, et surtout contre le risque résultant de la mort ou de l'incapacité de l'offrant ; d'ailleurs son caractère infamant l'aurait rendue peu pratique en droit romain.

C'est seulement avec Ihering que la théorie prend un caractère général ; par une analyse du contenu immédiat des sources, il précise les conditions de l'action, il en extrait un principe qui constitue à la fois une base formelle de droit positif, une systématisation technique susceptible d'application indéfinie, et enfin une légitimation pour la philosophie sociale ; et il l'applique à tous les cas particuliers venus à sa connaissance. Ce principe, c'est la *culpa in contrahendo* obligeant à la réparation de l'intérêt contractuel négatif. La généralisation de Ihering sera étudiée plus loin au double point de vue de la technique juridique et de la valeur objective ; mais sa casuistique doit

(8) Windscheid, *Pandekten*, 3^e éd., § 705. n. 5.

(9) Ueber Verträge unter Abwesenden, *Jahrb. des gem. Rechts*, II, 1858, p. 366 s.

d'abord être mise à l'épreuve ; et, comme il l'avoue lui-même, cette méthode ne peut être déplacée quand il s'agit d'une doctrine « qui cherche à se faire adopter et reconnaître » (10) ; ainsi on devra se demander avant tout si les éléments qu'il tire des textes se retrouvent dans toutes les hypothèses nouvelles qu'il présente. Ces éléments sont les suivants :

a) *Conclusion apparente du contrat.*

Il n'insiste guère et se borne à mentionner qu'il y a eu consentement sur la chose et le prix. Or précisément plus tard on reprochera à Ihering d'avoir introduit dans sa casuistique des hypothèses où le contrat n'est même pas apparemment formé (11) ; nous verrons plus loin si ce reproche est fondé au sujet des contrats entre absents. Certainement les textes formulent d'autant mieux l'exigence d'une conclusion apparente qu'ils admettent parfois expressément la validité de l'*emptio*. Il devra donc y avoir au moins concours de deux déclarations de volonté, exclusion de ce que la doctrine moderne appelle désaccord manifeste (*offene Dissens*).

b) *Nullité du contrat.*

Les hypothèses visées par les jurisconsultes romains sont des hypothèses de contrat inexistant pour défaut d'objet. Ainsi le point de vue romain ne peut justifier l'extension de l'action à l'annulabilité : cette institution est dans un lien de filiation historique avec l'*in integrum restitutio* ; or celle-ci repose à Rome sur une juste appréciation des intérêts en cause et le préteur ne l'eut pas fait fonctionner

(10) *Op. cit.*, n° 22, p. 51.

(11) Chausse, De la rétroactivité dans les actes juridiques, *Rev. crit.*, 1900, p. 535 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, *Oblig.*, I, n° 32.

comme une source de troubles pour le commerce juridique : c'est une mesure de protection qui n'est plus admise quand celui qui en est l'objet n'en est pas digne (12). D'autre part, ce réquisit de nullité désavouerait toute extension de l'action dans la situation d'un contrat valable dont l'efficacité seulement serait suspendue, soit par une *condicio juris*, soit par une condition volontaire.

c) *Défaut dans la personne du vendeur.*

Ihering montre qu'il ne s'agit pas d'un dol malgré les mots : *deceptum esse, ne deciperetur*, qui doivent s'entendre d'une déception objective de l'acquéreur. Les textes ne mentionnent que l'obligation où se trouve le vendeur de prêter garantie. Pourquoi en est-il ainsi ? On sait que Ihering défend ce point de vue qu'il y a une *culpa* du vendeur ; mais c'est seulement une interprétation des textes qui lui donne son principe ; pour leur contenu littéral, il reconnaît sans ambages que « l'expression de *culpa in contrahendo* ne se rencontre nulle part dans le *Corpus juris* » ; mais il conteste que la mission de la jurisprudence consiste seulement « dans l'explication des textes obscurs, à la lumière de l'herméneutique » (13).

d) *Ignorance du vice de la part de l'acheteur.*

C'est dans les sources (*nesciens*) et les principes généraux auraient suffi à l'établir : *quod quis culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire*. A la connaissance du vice Ihering assimile expressément le « devoir connaître » ; il explique que, s'il n'est pas dit ici que l'obligation de savoir équivaut à la connaissance, l'analogie de

(12) Mais, comme on le verra plus loin, ce caractère est vivement contesté à l'heure actuelle.

(13) *Op. cit.*, n° 20, p. 47.

l'action édilicienne où cette assimilation est expressément mentionnée (*quae ignoravit aut ignorare potuit*) (14) et où il s'agit aussi des vices de l'objet, ne peut laisser de doute à cet égard.

e) *Action du contrat en obtention de dommages-intérêts.*

En dehors de l'action *in factum* du texte d'Ulpien, qui d'ailleurs est donnée *quasi ex emto*, c'est l'action du contrat qui est admise. Mais à son avis elle est donnée comme une action en dommages-intérêts d'une nature spéciale (*negative Vertragsinteresse*) qui sera longuement étudiée plus loin : l'acquéreur n'a pas droit à réclamer l'intérêt d'exécution (*Erfüllungsinteresse*), le gain manqué par suite de l'inexécution du contrat; le contrat est nul et il ne peut s'agir que de l'intérêt qui s'attachait à la non-conclusion du contrat, du gain qui aurait été retiré d'occasions avantageuses qui furent repoussées, de ce qu'on aurait obtenu par d'autres contrats qu'on a négligé de rechercher en temps utile, comptant sur la validité du contrat. C'est ce que voudraient dire notamment dans le texte de Modestin les mots : *quod interfuît ejus ne deciperetur*, en opposition à la proposition : *licet emtio non teneat*. Sans cela, « quelle différence pratique y aurait-il eu à ce que le droit eût déclaré, dans notre cas, le contrat valable ou nul (15) » ?

Or, tous ces éléments de l'action, nécessaires et suffisants, Ihering les retrouve dans toute une série d'hypothèses où, selon lui, le commerce juridique ne saurait se passer de la *culpa in contrahendo*. Il répartit les matériaux casuistiques en trois masses : incapacité du sujet, incapacité de l'objet, incertitude de la volonté de contracter, quant à la déclaration ou quant à la volonté même. Mais

(14) D., 21, 1, *De aed. ed.*, 14, 10.

(15) *Op. cit.*, n° 9, p. 18.

les trois parties de ce schéma sont d'une importance pratique très inégale ; la symétrie qu'il institue entre les deux premières hypothèses est d'une valeur pratique très contestable ; il avoue lui-même ne pas être très sûr de l'intérêt de sa doctrine pour la responsabilité de l'incapable parce que dans la plupart des cas l'*actio doli* suffira (16). Pour les autres hypothèses, il semble, au contraire, de son propre avis, que la formule qu'il propose ne puisse absolument satisfaire le commerce juridique : dans d'autres cas encore l'action serait nécessaire ; on a dû en venir à chercher d'autres formules plus vastes et plus satisfaisantes.

(16) *Op. cit.*, n° 23, p. 55 ss.

NATURE DE LA RESPONSABILITÉ PRÉCONTRACTUELLE.
LA PORTÉE DU LIEN CONTRACTUEL.

§ 1. — La culpa in contrahendo.

I. — *Dolus, culpa, garantie.*

Là où l'on admet l'inexistence du contrat, il paraît naturel que la responsabilité qui peut avoir été encourue dans sa conclusion ne résulte pas du contrat lui-même : comment faire sortir une obligation quelconque d'un contrat nul ? Sur les sources romaines relatives au contrat dont l'objet est impossible, ce point de vue a été brillamment développé par Mommsen (1). Il se place au point de vue des principes généraux du droit romain : dans cette législation, le dol seul est une source générale de responsabilité extra-contractuelle ; aussi il importe peu que dans les textes il soit fait allusion à un dol du vendeur ; même si les mots : *deceptus a venditore*, du texte des Institutes (2) doivent être interprétés dans un sens passif, comme devant s'entendre d'un acheteur qui a simplement éprouvé

(1) *Beiträge zum Obligationenrecht*, I, *Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluss auf obligatorische Verhältnisse*, Brunswick, 1853, p. 122 ss. ; *Erörterungen aus dem Obligationenrecht*, II, *Ueber die Haftung der Kontrahenten bei der Abschliessung von Schuldverträgen*, Brunswick, 1879, p. 37 ss., 89 ss. — Il est suivi par Ude, *Ueber die Bedeutung des Grundsatzes : Impossibilium nulla est obligatio*, *Archiv f. d. civ. Praxis*, t. 48, 1865, p. 258 ss.

(2) III, 23, *De emt. et vend.*, § ; V. Saleilles, *Oblig.*, n° 155.

une déception, qui s'est trompé sans avoir été trompé, il y a dans le dol du défendeur une des conditions générales de toute action en indemnité. On ne peut cependant exiger que dans chaque texte toutes les données de l'hypothèse se trouvent réunies ; ainsi, dans deux fragments, on ne trouve pas non plus mentionnée une autre condition, l'exigence de la bonne foi chez l'acheteur ; mais on la sous-entend comme naturelle : on ne doit interpréter le silence des textes que comme un renvoi aux principes généraux (3).

On peut alors se demander pourquoi les textes parlent, non pas d'*actio doli*, mais bien d'*actio in factum* ou d'*actio emti* ; et sans doute il existe des hypothèses dans lesquelles l'*actio doli* n'est pas donnée alors qu'elle pourrait l'être ; cependant l'*actio in factum* ne s'appelle ainsi que parce qu'elle n'est pas *actio doli* et le rapprochement qu'Ulpien essaie d'établir entre elle et l'*actio emti* (*quasi ex emto*) veut signifier une protection plus étendue que celle qui résulterait de la simple action de dol. Mommsen note d'ailleurs que les Romains avaient compris l'étroitesse de leur point de vue ; aussi l'ont-il élargi quand, pour la sécurité du commerce, ils ont déclaré valable la vente de l'homme libre ; s'ils ne l'ont pas fait ici, c'est qu'ils ont pensé que pratiquement cela n'était pas nécessaire. A son tour, Mommsen juge la règle romaine insuffisante pour un sens juridique progressif, mais il hésite à faire exception aux principes du droit romain ; il s'efforce seulement de démontrer que les jurisconsultes classiques étaient parvenus à l'assimilation de la *culpa lata* au dol même dans les relations extra-contractuelles ; ainsi l'ac-

(3) Comp. Brock, *op. cit.*, p. 26 ss.

tion en indemnité serait accordée même au cas de faute lourde ; mais il faut reconnaître qu'il n'y a pas pour fonder cette assertion de preuve décisive, et elle a pu être très fortement niée par Ihering (4).

Celui-ci en déduit la nécessité pratique de se tenir sur le terrain contractuel : l'action de dol est en effet insuffisante ; et l'*actio legis Aquiliæ* ne peut être donnée, car il ne s'agit pas ici d'une lésion matérielle et perceptible d'un corps extérieur, mais simplement d'une atteinte au concept abstrait de patrimoine. D'autre part, selon lui, dans les textes romains, la condition principale de l'action réside dans une faute du vendeur qui devait connaître sa chose ; sans doute les sources ne mentionnent que l'exigence de la bonne foi de l'acheteur ; mais cela n'est pas encore décisif puisque le vendeur, lui aussi, est de bonne foi ; il doit exister un motif spécial légitimant sa responsabilité ; et ce motif, c'est sa faute. Il n'est fait aucune allusion, objecte-t-on, à la recherche de la situation subjective du vendeur ; mais précisément pour Ihering cette faute ne s'apprécie pas d'une manière concrète, elle existe dans tous les cas ; sur ce point, il avoue qu'il s'attend à rencontrer quelques contradicteurs et il ne sait s'il pourra les réduire au silence (5) ; le vendeur d'une chose inexistante peut être de très bonne foi et même n'avoir aucune négligence à se reprocher : il vend une chose léguée, située à l'étranger, et qu'il n'a jamais vue ; on ne peut parler d'une *culpa* de son chef, et cependant il faut concéder, selon Ihering, que cette responsabilité est impérieusement exigée ; « en effet, du moment que c'est lui ou l'acheteur qui doit souffrir des conséquences de son ignorance, le

(4) *Op. cit.*, p. 12 ss., n° 6.

(5) *Op. cit.*, p. 32 ss., n° 13.

choix ne peut être douteux ». Selon lui, « un juriste romain n'aurait pas hésité à désigner l'ignorance du vendeur d'une manière absolue, et sans égard aux circonstances individuelles, sous le nom de *culpa* », et il cite quelques textes dont l'un se rapporte à la garantie des vices cachés ; l'édit des édiles qui l'organisa repose sur ce principe que tout vendeur connaît les vices de sa chose et doit les déclarer à l'acheteur. Peu importe qu'il ne les connaisse pas en fait, son ignorance n'est pas excusable ; « celui qui n'est pas complètement sûr de son fait ne doit pas vendre, ... il y a une *culpa* dans le fait de vendre (6) ».

Peut-être, dans les textes cités, la recherche du dol (*ut occurratur fallaciis*) pouvant être insuffisante, le jurisconsulte s'attachait-il plutôt à la condition de l'acquéreur (*ut emtoribus succurratur*). Pour le droit moderne, cette opinion a été très fortement soutenue : le vendeur ne répond pas des défauts de la chose parce qu'il est en faute de les avoir ignorés ; en effet il peut n'être relevé dans sa conduite aucune négligence ; et comment une personne pourrait-elle jamais être sûre de son fait ? Comment d'ailleurs s'abstraire de l'élément subjectif dans la détermination de la faute ? On a même justement noté que la connaissance absolue de la marchandise devenait de plus en plus impossible avec les progrès du commerce et le développement des méthodes de production (7). On s'est demandé alors si la responsabilité du vendeur ne dériverait pas plu-

(6) *Op. cit.*, p. 33. — V. par ex. D. 21, 1, *De ædil. ed.*, 1, 2 : « *etiamsi ignoravit... tamen teneri debere ; nec est hoc iniquum. potuit enim ea nota habere venditor, neque enim interest emtoris, cur fallatur, ignorantia venditoris an calliditate* » ; V. aussi D. 19, 1, *De act. emti*, 13, 3.

(7) R. Fubini, Nature juridique de la responsabilité du vendeur pour les vices cachés, *Rev. trim.*, II, 1903, p. 279 ss. ; V. nos 27 ss.

tôt de ce que l'acheteur a des raisons légitimes de croire à l'absence de vices ; est-ce lui qui doit supporter ce risque ? Ce serait souverainement injuste, car, s'il l'avait connu, il n'aurait pas donné son consentement ou tout au moins n'aurait donné de la chose qu'un prix moindre ; en tous cas le contrat n'aurait pas été conclu sur ces bases ; en dehors des hypothèses de dol ou de garantie expresse, il y aurait lieu alors de regarder les vices contemporains de la formation du contrat comme des cas fortuits, et la perte serait imputable au patrimoine du vendeur parce que, dit-on, légitime était la confiance de l'acheteur en leur absence (8).

S'il en est ainsi et si la considération de la victime du dommage devient prépondérante, pourquoi ne dirait-on pas ici que le contrat nul doit simplement être regardé comme donnant à l'acquéreur les mêmes droits que s'il eût été valable, eu égard à sa bonne foi ? Ce n'est pas là une manière de voir inacceptable : il n'y a là qu'une simple extension du titre putatif qu'aucun système juridique ancien ou moderne n'ignore : de même que le possesseur de bonne foi acquiert les fruits comme le véritable propriétaire ; ou comme le paiement fait de bonne foi au possesseur de la créance est libératoire (C. civ., 1240) (9). Seulement Ihering n'admet pas la validité du contrat et s'en tient, ou le sait, à la réparation de l'intérêt négatif. L'exigence d'une faute du vendeur a pour lui un intérêt de construction juridique : il ne faut pas que l'obligation

(8) Legros, *op. cit.*, p. 254 ss.

(9) Comp. Legros, *op. cit.*, p. 52 ss. — Mais le caractère exceptionnel des cas où la bonne foi entraîne une validation générale de l'acte est toujours soutenu (Jaubert, *Des effets civils de la bonne foi*, Th. Paris, 1899, p. 172 ss.).

apparaisse comme une disposition entièrement isolée ; la faute donne le principe d'une généralisation. On aura ainsi, il est vrai, une faute abstraite, indépendante de la conduite individuelle de celui qu'on affirme coupable. Mais encore une fois on trouve des textes romains en ce sens, notamment chez Africain et Ulpien en matière de mandat et de société (10).

Quoi qu'il en soit, on ne peut pas, semble-t-il, aller jusqu'à écrire qu'il y a faute par exemple dans le fait de contracter par correspondance ; l'auteur de l'offre est décédé avant l'acceptation et l'acceptant a exécuté le contrat dans la croyance qu'il était devenu parfait ; pour fonder son droit à la réparation du dommage, faudra-t-il écrire que l'offrant est en faute « en ce qu'au lieu du moyen, seul sûr, de la communication orale en personne, il a eu recours, au péril de l'autre partie, à un moyen incertain » (11) ? De même, le simple emploi du télégraphe serait une faute pour l'expéditeur, l'obligeant à réparer le dommage que cause au destinataire l'inexistence du contrat pour erreur de transmission (12) ? Il serait superflu d'insister, puisque Ihering lui-même reconnut plus tard que sa formule serait certainement remplacée par une autre plus large et plus objective (13).

(10) Ihering, *op. cit.*, p. 34 ss., nos 14 ss. — Chez Africain (D. 47, 2, *De furtis*, 61, 5) le mandataire ayant été volé par l'esclave qu'il était chargé d'acheter, la responsabilité du mandant est encourue : « ... *nam certe mandantis culpam esse, qui talem servum emi sibi mandaverit* ». Ulpien (D. 17, 2, *pro socio*, 19 ; 23) fait répondre d'une manière absolue envers ses associés celui qui, à leur insu, accueille un tiers dans la communauté, des actes préjudiciables de celui-ci « *quia difficile est negare culpa ipsius admissum* ».

(11) *Op. cit.*, p. 83, n° 38.

(12) *Op. cit.*, p. 75, n° 35 ; p. 99, n° 40.

(13) *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*, 1867, p. 38, n. 73.

Or, sans quitter le terrain du contrat, une correction ne semblait-elle pas facile par un recours au concept de garantie ? L'explication des textes romains par l'idée de garantie avait été proposée à diverses époques (14) ; mais toujours elle était entendue dans le sens de la validité du contrat en faveur de l'acquéreur de bonne foi, et il paraît en effet plus vraisemblable que la volonté du garant se soit tournée vers l'intérêt positif, car la garantie vise à faire obtenir ce qui a été promis ou un équivalent. L'admission de la nullité du contrat rendait la situation plus délicate ; on a pensé alors à un contrat de garantie tacite qui interviendrait à l'origine des relations contractuelles et par lequel chaque partie se constituerait en quelque sorte envers l'autre l'assureur des risques qui naîtraient de son fait dans l'élaboration du contrat. Cette conception n'est certainement pas romaine, car il n'y aurait eu là à Rome qu'un pacte nu non muni d'action (15).

Mais le droit moderne a abandonné cette dernière règle ; et la conception d'un contrat de garantie avait l'avantage d'écarter l'exigence de la faute qui avait été l'un des écueils du système de Ihering ; elle fut développée par Windscheid dans les premières éditions de ses *Pandectes* (16) :

V. cep. encore Zitelmann, *die juristische Willenserklärung*, *Jahrb. f. Dogm.*, N. F. IV, 1878, p. 433, n. 83.

(14) C'était l'explication de Doneau (V. *supra*) ; comp. aussi Herrmann, *Ueber den Einfluss des Irrtums auf den Konsens bei Verträgen. Zeitschrift f. Zivilrecht und Prozess*, N. F., VII, p. 249 ss.

(15) Bechmann, *System des Kaufs nach gemeinem Recht*, II, Erlangen, 1884, p. 434 : « *Der Garantievertrag muss als pactum adjectum doch immer wieder auf einen gültigen Hauptvertrag zurückgeführt werden. Wer also durch den Garantievertrag die Nichtigkeit des Hauptvertrags unschädlich machen will, bewegt sich im Zirkel* ».

(16) 1^{re}-5^e éd., § 307, n. 5, 40 ss. ; V. aussi § 308, n. 5 ss. ; § 309, n. 5 ; § 315, n. 7.

tout contractant doit répondre des suites préjudiciables qu'a pu comporter pour autrui la confiance créée par sa déclaration en la formation d'un contrat, en tant que cette formation n'est pas exclue par un motif que l'autre partie ait connu ou dû connaître. Et il doit cette garantie parce qu'il a lui-même suscité cette confiance ; c'est pour l'avoir déterminée qu'il doit en garantir les suites. L'idée d'un contrat de garantie tacite ne comporte, selon Drechsler (17), aucune fiction et il faut impérieusement l'admettre, si l'on ne veut pas que le sérieux de la volonté contractuelle soit mis en question ; à la vérité, on pouvait bien répondre que le sérieux est toujours présumé dans les contrats, et que d'ailleurs le droit de s'en tenir à la nullité ne lui était en rien contraire. Mais la théorie de Windscheid satisfaisait les juristes en coulant la construction nouvelle dans un type juridique bien connu ; aussi Regelsberger pouvait regarder l'admission de ce contrat de garantie tacite comme satisfaisant vraiment la conscience juridique aussi bien que les besoins des affaires (18). D'où vient donc que l'explication fut plus tard abandonnée par Regelsberger (19) et Windscheid (20) lui-même ? La réponse sera donnée en étudiant le caractère contractuel de l'obligation.

II. — *Contrat valable, contrat nul, contrat accessoire.*

Que, pour le droit romain, la responsabilité contrac-

(17) *Culpa in contrahendo oder Schadenersatzes bei nichtigen Verträgen*, Wurzburg, 1873, p. 60 ss.

(18) *Civilrechtlichen Erörterungen, I, Vorverhandlungen bei Verträgen*, Weimar, 1868, p. 33.

(19) Dans le *Handbuch des deutschen Handels-See und Wechselrechts d'Endemann*, II, p. 414, n. 8.

(20) *Pandekten*, 6^e éd. et ss., § 307, n. 5.

tuelle fût désirable, cela ne suffisait pas encore pour qu'elle dût être admise : il fallait apporter une analyse juridique conforme aux textes et objectivement exacte. Un critérium très sûr, selon Ihering, peut être tiré des textes romains en faveur du caractère contractuel de l'action, c'est son nom même (*actio emli*) et sa transmissibilité passive (21) ; cependant le contrat est nul, déclare-t-on d'autre part ; et comment concilier ce langage d'apparence contradictoire ? On a parfois cherché une solution du problème dans une dissociation du contrat envisagé objectivement, et de la volonté des parties. Les effets visés par les contractants ne sont pas réalisables, mais cela ne fait pas obstacle à ce qu'un rapport juridique soit né qui aura des effets propres, différents de ceux qui ont été voulus. On distinguera l'acte juridique objectivement présent et le rapport de droit que les parties entendaient créer ; et si ce rapport reste inefficace, le contrat cependant venu à existence créera une obligation d'indemnité. Le droit positif, dit-on, se place à un point de vue idéal dans l'établissement de ses règles dispositives ; il construit certains types contractuels en vue de la satisfaction de buts économiques déterminés ; et quand la volonté des parties se réfère aux éléments essentiels de ces types, l'ordre juridique ajoute certains effets accessoires qui se produisent indépendamment de toute référence des volontés des parties : l'erreur de celles-ci sur les conséquences juridiques de leur acte reste indifférente. Donc le droit objectif fait sortir du contrat tels effets qu'il juge devoir lui faire produire, et notamment à la place d'une action en exécution une action en réparation de

(21) *Op. cit.*, p. 27, n^{os} 11-12.

l'intérêt négatif ; que ce résultat ait été voulu ou non par les parties, cela ne change rien à son caractère contractuel. Ainsi Köppen ne dit plus avec Ihering que le contrat est principalement nul, mais il résout la difficulté par une distinction entre les effets juridiques correspondants aux déclarations qui sont exclus, et les effets attachés par l'ordre de droit à leur existence objective (22).

C'est encore une pensée pratique qui était à la base de cette conception originale du contrat : on ne voulait pas admettre une extension de l'*actio legis Aquiliae* ; il fallait donc que la *culpa* fût contractuelle ; seulement l'obligation engendrée n'avait rien de commun avec la volonté des parties, et alors on montrait que par l'intermédiaire du contrat peuvent se produire des effets voulus exclusivement par l'ordre juridique ; mais il faut cependant se garder de donner au droit objectif un champ d'action trop arbitraire. Quand on dit que les règles du droit dispositif sont établies d'un point de vue supérieur, cela signifie que, dans l'espèce, elles pourront s'appliquer indépendamment d'une prévision des parties, mais non qu'elles sont établies dans un autre but que de servir la réalisation moyenne des fins économiques des contractants : s'il en est autre-

(22) Köppen, Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden, *Jahrb. f. Dogm.*, XI, 1871, p. 140 ss. ; notamment p. 281 s. : « Der Konsens ist demnach kein Requisit für den Abschluss des Vertrages, sondern nur für die Existenz oder für den Bestand des Rechtsverhältnisses, welches in dem fertigen Vertrage als gewollt erklärt ist ; die Schliessung des Vertrages fordert ihn nur, insofern unter dem Konsens die Akzeption verstanden wird, welche die Zustimmung zu der Offerte gibt. Stellt diese Zustimmung keine Uebereinstimmung her, so kommt um deswillen das erklärte Rechtsverhältniss nicht zur rechtlichen Geltung ; aber der Vertrag ist gleichwohl geschlossen. Deshalb kann er statt der Verpflichtung auf Erfüllung wegen culpa eine Verpflichtung zum Schadenersatz her-
vorbringen. »

ment, nous sortons du domaine des actes juridiques pour entrer dans celui des simples faits juridiques dont les effets ne sont plus arbitraires, mais nécessaires. La distinction de l'acte juridique et du rapport de droit ne peut être admise avec cette portée ; d'autant que, quelque puissance que l'on reconnaisse au droit positif, il ne peut cependant mettre la logique de côté : il donne ou refuse, dit-on, à tel état de fait telles suites de droit ; si ce sont les effets d'un contrat qu'il dénie, nous ne pouvons cependant appeler cet état de fait un contrat. Sans doute les définitions sont laissées à la science, mais tout de même le contrat est un produit des rapports humains que la règle de droit ne peut modifier : il y a un principe naturel qui veut que tout contrat donne une action pour obtenir l'exécution ou l'intérêt d'exécution ; or ici tous ces effets qui constituent le but pratique du contrat sont refusés, et c'est seulement une action en réparation du dommage négatif qui est produite ; nous devons dire alors que, selon l'effet juridique produit, se caractérise l'acte juridique, et nous ne pouvons retenir le nom de contrat pour l'état de fait qui subsiste (23).

La théorie de Ihering respecte davantage le caractère véritable du contrat ; pour lui, malgré la nullité, le contrat est susceptible de produire certains effets ; nullité, cela signifie seulement que les obligations qui résultent le plus naturellement du contrat ne se réaliseront pas ; il sera destitué de ses effets réguliers et normaux ; mais, malgré ce vice fondamental, il subsiste en lui une force suffisante pour donner naissance à des obligations secondaires que l'action de bonne foi, avec la large fonction que le droit

(23) V. Melliger, *op cit.*, p. 78 ss.

romain lui attribue, servira à sanctionner : ainsi l'obligation de réparer le préjudice qu'il a pu causer à l'autre partie en lui proposant un contrat nul. Ihering établit ici un rapprochement avec d'autres hypothèses où l'action qui doit sanctionner un rapport juridique déterminé pourra servir à faire valoir des droits qui prennent naissance dans le défaut de ce rapport : ainsi de la *rei vindicatio* donnée contre le défendeur qui n'est plus en possession, *si dolo quis desiit se possidere*, et *si liti se obtulit* : l'action réelle prend le caractère d'une action en dommages-intérêts (24).

Après avoir établi l'accord de son principe avec les textes, Ihering s'efforce de montrer comment le caractère contractuel de la *culpa* s'induit tout naturellement de ses apparences objectives ; elle consiste « en ce que le vendeur contracte sans pouvoir prêter les conditions de validité du contrat en sa personne et induit l'autre partie en erreur par la fausse apparence du contrat. Le contractant sort par là même du cercle purement négatif des relations extra-contractuelles pour entrer dans le cercle positif des contrats ; il passe du domaine de la simple *culpa in faciendo* dans celui de la *culpa in non faciendo* (25) ». Ainsi, ce qu'il y a de caractéristique dans le fait d'entrer en relations contractuelles, c'est qu'on augmente le champ de ses obligations ; on n'est plus seulement dans la sphère des devoirs généraux humains, on fait un pas de plus pour se créer des obligations spéciales : ce fait est volontaire ; les parties

(24) *Op. cit.*, p. 29, n° 12 ; comp. Girard, *op. cit.*, p. 339, n. 1. Ihering cite encore d'autres hypothèses, notamment la concession de l'action au communiste pour obtenir le remboursement de ses impenses même après la perte de la copropriété (D. 10, 3, *De comm. divid.*, 6, 1 ; 11 ; 14, 1).

(25) *Op. cit.*, p. 38 ss., n° 16.

se soumettent à une *diligentia* nouvelle parce qu'elles doivent comprendre qu'elles entrent en un rapport d'obligation particulier ; si maintenant une faute de l'une d'entre elles est cause de l'avortement des relations entreprises, cela n'efface pas que les parties ne se soient rencontrées sur la scène juridique pour conclure un contrat ; la responsabilité qui la frappe sera conforme aux intentions évidentes des parties qui voulaient engendrer des liens juridiques nouveaux ; et si elle aboutit à faire sortir effet à des relations contractuelles simplement entreprises, il faut reconnaître que par celles-ci déjà les parties entendaient sortir, l'une par rapport à l'autre, du cercle des obligations générales qui lient tout homme envers son prochain.

Arrivé par la généralisation à ce principe que « la *diligentia in contrahendo* est requise dans les rapports contractuels en voie de formation aussi bien que dans les rapports établis » (26), Ihering cherche à en déduire les conséquences ; puisque « la *culpa in contrahendo* n'est pas autre chose que la *culpa* contractuelle dans une direction spéciale » (27), elle ne devra être prestée que par les contractants, sur l'action contractuelle et dans la mesure du contrat. Il faudrait donc admettre que le même degré de faute qui impliquerait réparation, s'il s'était produit dans l'inexécution du contrat, donnera aussi naissance à une action en responsabilité dans sa formation ; la responsabilité sera graduée au degré de faute dont le contrat implique réparation, et notamment une clause de non-responsabilité réduira la responsabilité dans la formation du contrat comme dans son exécution. Sur cette mesure de la *diligentia in contrahendo*, Ihering invoquait à l'appui de sa

(26) *Op. cit.*, p. 47, n° 21.

(27) *Op. cit.*, p. 48, n° 21.

théorie un texte général du Landrecht prussien (28), selon lequel les dispositions qui ont pour but de régler la responsabilité des parties relativement à l'inexécution s'appliquent également à la responsabilité qui peut leur incomber du chef de la formation du contrat. Quel que soit le sens de ce texte, qui a été vivement discuté, il semble que, sur le fondement d'une analyse exacte, on doive reconnaître que cette conséquence sera le plus souvent contraire à l'intention des parties (29) ; les raisons pour lesquelles elles ont consenti une diminution conventionnelle de la responsabilité ne pourraient servir à justifier la diminution qu'on voudrait apporter à la responsabilité dans la formation. Mais si c'est la loi qui fixe invariablement la mesure de la responsabilité, celle-ci ne dépend plus en aucune manière des stipulations des parties (30). Cependant, pour Ihering, la loi n'intervient encore ici que d'une manière supplétive : « Il ne faut pas les obliger [les contractants] à se stipuler expressément l'absence de *culpa*, ou plus spécialement la présence des conditions du contrat ; la loi peut et doit leur épargner cette peine en attachant à la conclusion même du contrat la preuve de l'acceptation tacite de cette garantie » (31).

Même en laissant ouvert ce débat sur cette conséquence directe du système (32), on peut déjà en contester les pré-

(28) *Allgem. Preuss. Landrecht*, I, 5, § 284 : « Was wegen des bei Erfüllung des Vertrages zu vertretenden Grades des Schuld Rechtlens ist, gilt auch auf den Fall, wenn einer der Kontrahenten bei Abschliessung des Vertrages die ihm obliegenden Pflichten vernachlässigt hat. » — V. Saleilles, *Oblig.*, n° 158.

(29) Legros, *op. cit.*, p. 228. *Comp. Motive*, I, p. 195.

(30) *Comp. Saleilles, Oblig.*, nos 159 ss. ; *Déclar.*, § 141, nos 59 s.

(31) *Op. cit.*, p. 39, n° 16.

(32) Les *Motifs* (I, p. 179) déclarent que la loi a abandonné à la

misses : rien ne prouve qu'avant le contrat conclu, des obligations spéciales aient été assumées au-delà de nos devoirs généraux envers nos semblables. Un critérium assez sûr du caractère de la responsabilité se tire de la nature du droit violé ; or le dommage frappe seulement ici le patrimoine général du co-contractant. Veut-on dire que la lésion atteint le droit de créance en formation ? Ce serait oublier la base la plus indiscutable de l'action en responsabilité, qui est de s'établir dans une relation causale. Certes la tentative de Ihering était hardie, après avoir expliqué la formation du contrat par la responsabilité, d'expliquer à son tour la responsabilité par l'inexécution du contrat, mais assez paradoxale pour qu'il n'ait été que rarement suivi dans la science (33). Car il paraît bien rattacher au contrat une obligation antérieure à sa formation : alors même qu'on admettrait que les contractants sont sortis par les pourparlers du cercle des relations extra-contractuelles, cela n'autoriserait pas à rattacher à un contrat qui n'est pas encore conclu des fautes qui se sont déjà produites. Toujours subsiste l'objection que l'effet ne peut précéder la cause ; Ihering objecte sans doute que nous sommes en présence d'une relation de moyen à but ; en vue de l'établissement du contrat, la liberté des parties a été restreinte dans la même mesure qu'à l'intérieur du rapport juridique déjà créé (34). Mais, quelle

science le problème du caractère de la responsabilité de l'intérêt négatif, encore que non dépourvu d'intérêt : « *Nicht entscheiden hat der Entwurf die Frage, ob die Haftung für das negative Vertragsinteresse eine Haftung aus Delikt oder wegen Verletzung rechtsgeschäftlichen Pflichten ist. Obwohl die Frage praktisch nicht unwichtig sein kann, so glaubte man der Wissenschaft die Lösung überlassen zu müssen.* »

(33) V. cep. Vangerow, *Pandekten*, 7^e éd., Marbourg, 1869, I, § 109.

(34) Passive Wirkungen der Rechte, *Jahrb. f. Dogm.*, 1866, p. 458 ss.

que soit la valeur que l'on reconnaisse au principe de finalité, il faut avouer que le droit positif ne peut admettre une substitution aussi singulière du but à la cause pour la fixation du droit à réparation ; or la loi de causalité nous impose de dire que par le contrat les parties n'entendent se créer d'obligations que dans l'avenir et n'agissent pas rétroactivement sur le passé pour donner sanction à une *culpa* déjà commise.

La plupart des écrivains ont été embarrassés pour renverser l'ordre inéluctable de ces facteurs ; c'est aussi dans ce but que fut développée l'idée d'un pacte de garantie qui interviendrait dès le début des relations contractuelles ; dès lors plus de risques pour les contractants dans la formation du contrat ; ils peuvent construire en toute confiance sur la base de ce contrat initial. Cette explication, on le sait, n'a eu qu'une fortune éphémère : le contrat de garantie est psychologiquement trop peu acceptable ; sans doute le contenu d'un contrat est arbitraire, et il peut y avoir, à côté du contrat principal, un contrat accessoire visant l'intérêt négatif. C'est concevable s'il est exprès ; mais comment le considérer comme devant être toujours tacitement conclu ? La nullité ou la perfection du contrat peut avoir fait l'objet des prévisions spéciales des parties (arrhes, clause pénale) ; mais cela n'est pas la règle, cela ne peut être présumé et on ne saurait cependant parler de volonté tacite pour la faire engager à tout ce que commande la bonne foi. Or il y a dans tous les Codes (C. civ., 1134 ; C. civ. all., 242) des normes expresses pour l'exigence de la bonne foi, ce qui prouve d'abord qu'on ne la regarde pas comme faisant partie du contenu volontaire des contrats (35) ; et certainement un contrat par lequel

(35) L'équité (C. civ., 1135) oblige les parties en outre du contenu

on exclurait la considération de la bonne foi serait nul comme contraire aux bonnes mœurs. Maintenant on voudrait que la partie qui s'engage accepte des obligations encore plus étendues, et cela serait si naturel que la prise en charge de telles obligations n'aurait pas besoin d'être expresse. Mais les hommes ne vont pas si loin dans leurs bons sentiments sociaux, et si leur égoïsme seul les guide en affaires, c'est le rôle du droit de leur imposer la considération du juste ; et s'il ne manque pas à ce rôle, à quoi bon feindre encore qu'il agit, non pour équilibrer la lutte, mais du consentement universel ? Ce qui est déjà conforme au juste objectif, les parties ne doivent pas avoir à le comprendre dans leurs stipulations ; et, en l'y insérant, comme elles ne pourraient convenir du contraire, elles ne changeraient pas encore une obligation légale en une garantie conventionnelle. Spécialement peu vraisemblable serait ce contrat de garantie dirigé vers l'intérêt négatif : cela nécessiterait au moins une preuve spéciale ; mais cette preuve ne peut être fournie, il faut partout parler de garantie tacite et le système ne se maintient que par un appel incessant à la fiction (36).

Au simple point de vue de la technique juridique, on sait d'ailleurs que le principe n'était pas assez ample pour comprendre toute la casuistique de Ihering ; pour le cas du retrait de l'offre, comment parler d'une convention

du contrat ; comp. G. Messina, *L'interpretazione dei contratti*, Macerata, 1906, p. 25 ss.

(36) Melliger, *op. cit.*, p. 88 ss. ; Brock, *op. cit.*, p. 152 ss. — La réaction a toujours été plus forte de Goldschmitt (*Z. f. d. g. Hrecht*, XIII, p. 335) qui présentait cette conception comme concevable, mais inutile (*als denkbar, aber doch wohl entbehrlich*) à Eisele (*Jahrb. f. Dogm.*, XIII, 1887, p. 474) qui la juge aussi insoutenable que superflue (*ebenso unhaltbar wie überflüssig*).

de garantie, car la perfection de cette convention est naturellement soumise aux mêmes conditions que celle du contrat principal, et l'exercice du droit de retrait fait disparaître l'une des volontés qui doivent concourir (37). On a dit alors qu'il ne s'agissait pas d'une promesse de garantie nécessitant une acceptation pour être parfaite, mais d'une obligation simplement fondée sur l'offre, résultant de cette offre même : une prise en garantie sans contrat de garantie (38). S'il en est ainsi, la source de l'obligation devra être cherchée ou dans la volonté unilatérale ou dans la loi.

Cependant pour ce cas spécial une conception curieuse d'un mandat avait été développée par Scheurl (39), et même Mommsen tenta de la généraliser plus tard pour compenser l'insuffisance de l'*actio doli* (40). Mais elle est tout à fait défectueuse, car elle manque même d'une base formelle, et l'on ne peut y retrouver les éléments de l'institution. Qu'est ce que l'offre ? On a dit qu'elle contenait une invitation du destinataire à une certaine activité ; celui-ci reçoit le mandat de faire tous les actes que nécessite l'exécution du contrat proposé ; et par la révocation de l'offre, le mandant devra tenir compte au mandataire des frais déjà faits en vue de l'exécution, des dépenses que l'exécution du mandat a occasionnées. Mais d'abord le mandat est un contrat qui, lui aussi, suppose le concours des volontés, et lorsque le pollicitant reprend son offre, il empêche le mandat de se former

(37) Schott, *Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden*, Heidelberg, 1873, p. 161 ss.

(38) Mommsen, *Erört.*, p. 49.

(39) Scheurl, *loc. cit.*, p. 274 ss.

(40) Mommsen, *op. cit.*, p. 49 ss., 79 ss.

comme le contrat principal lui-même (41). Et d'ailleurs pouvons-nous dire que dans l'offre il y ait véritablement un mandat ? Il y a simplement une déclaration de volonté d'entrer dans un contrat déterminé avec invitation à réagir en rapport à cette proposition ; sans doute l'offre sera la cause de toutes les dépenses que le destinataire a faites ; seulement si la causalité est un élément objectif qui existe dans notre hypothèse, il y a aussi quelque chose de plus dans le mandat, un élément subjectif qui se caractérise par l'invitation à une certaine activité ; mais l'activité du destinataire peut-elle être regardée comme s'étant produite sur le terrain de l'offre, alors que le plus souvent elle se réfère au contrat lui-même ? Et encore il faudrait tenir compte de ce que c'est peut-être celui à qui est faite l'offre qui a donné l'impulsion première au contrat. Même si nous acceptons qu'il y a dans toute offre cet élément d'invitation qui caractérise le mandat, nous devons rejeter cette construction. Sans doute il ne faut pas dire que ce mandat est dans l'intérêt exclusif du destinataire (42) ; Mommsen a très habilement montré que l'offrant est intéressé aussi à la perfection du contrat et que les deux intérêts se conditionnent économiquement l'un l'autre (43). Mais certainement le destinataire n'agit pas dans l'intérêt de l'offrant, il s'assure de l'utilité que la proposition lui procurera et les actes auxquels il se livre n'ont pas d'autre mobile que son acceptation. Enfin la conception du mandat était par-dessus tout inconciliable avec la réparation de l'intérêt négatif : l'*actio mandati contraria*

(41) Hartmann, *loc. cit.*, p. 19.

(42) Bekker, Ueber Verträge unter Abwesenden, *Jahrb. d. gem. deutsch R.*, II, p. 366.

(43) *Op. cit.*, p. 79.

ne peut faire obtenir au mandataire que les pertes subies, et il ne peut y avoir de gain manqué pour un contrat à titre gratuit.

Du mandat, la transition était toute naturelle vers la gestion d'affaires : on évitait au moins la critique formelle adressée aux constructions précédentes, puisque le concours des volontés n'était plus nécessaire. Seulement on abandonne le droit des contrats, et sans doute même des actes juridiques (44). Ici c'était bien la déclaration de l'offrant qui avait déterminé la gestion du destinataire, mais on ne pouvait dire qu'il y eût proprement mandat. La théorie paraît entièrement inexacte si l'on se place du point de vue du destinataire ; Thon déclare que tous les éléments de la gestion d'affaires se trouvent réunis (45) ; et cependant il semble que le plus essentiel, l'intention de gérer l'affaire d'autrui, fasse défaut ; que la simple intervention de l'intérêt personnel n'exclut pas cette intention d'une manière générale, c'est tout ce que l'on peut concéder ; mais ici le destinataire a agi dans son intérêt exclusivement personnel, il a uniquement cherché à satisfaire ses convenances propres et la satisfaction des intérêts de l'offrant lui est restée entièrement indifférente (46). Et comme, sur le fondement exact de cette doctrine, l'indemnité accordée ne pouvait s'étendre au delà des dépen-

(44) V. par ex. Planiol, Classification des sources d'obligations, *Rev. crit.*, 1904, p. 229 ; A. Scialoja, Le fonti delle obbligaz., *Riv. di dir. comm.*, 1904, I, p. 524 ss.

(45) Thon, die Haftpflicht des Offerenten bei Widerruf seiner Offerle, *Archiv f. d. civ. Praxis*, t. 80, 1893, p. 93 ss. ; N. Coviello, *La revoca della proposta nel contratto tra assenti*, *Giurispr. it.*, 1895, I, 820.

(46) Legros, *op. cit.*, p. 199 ; Brock, *op. cit.*, p. 162 s. ; Faggella, *loc. cit.*, n° 58.

ses faites dans l'intérêt de l'offrant (47), l'intérêt de l'action devenait bien problématique.

§ 2. — Relation de la responsabilité à la capacité
et au pouvoir.

A. — Incapacité.

L'assimilation des situations précontractuelles à l'état de fait créé par le contrat n'a rendu que plus obscure la séparation du contrat et du délit ; celle-ci présente cependant un intérêt capital pour déterminer la responsabilité de l'incapable.

M. Labbé (1) avait soutenu que la femme dotale ne doit jamais répondre ni de son dol ni de sa faute, dans la formation comme dans l'exécution du contrat, sauf du dol qui consiste à tromper sur sa qualité de femme dotale ou sur la condition de ses biens dotaux ; et cette thèse devait être étendue aux autres incapables. Le co-contractant ne mérite plus, dit-on, d'être protégé dès qu'il n'y a pas dol sur la capacité : il doit s'imputer le préjudice qu'il souffre, parce qu'il n'avait qu'à ne pas contracter : il y a imprudence de sa part à contracter avec quelqu'un qui peut demander la nullité du contrat pour incapacité. Mais il y a là une confusion : assurément pour le dommage résultant de l'annulation du contrat le tiers n'aura pas droit à réparation ; mais supposons que l'incapable brise intentionnellement un objet qui lui a été prêté : le dol, pour intervenir dans le contrat, ne perd pas son caractère délictuel, car tout individu, même étranger au contrat, a le devoir de ne pas endommager la chose du propriétaire ; déjà les textes romains nous montrent les actions délictuelles

(47) Thon, *loc. cit.*, p. 98.

(1) Note S. 86.1.1.

s'appliquer entre contractants : Ulpien (2) parle de *delinquere in contractu* ; et dans l'ancien droit, Domat (3) nous dit expressément que le mineur qui endommage la chose empruntée ou qu'il tient en dépôt « ne sera pas restitué pour être quitte du dommage qu'il aura causé ». Quelle raison y aurait-il en effet pour exonérer l'incapable d'une responsabilité qui le frapperait en dehors de toutes relations contractuelles ? (4). Dans un cas surtout, l'indépendance du délit et du contrat est manifeste : c'est lorsque le dol présente le caractère d'un fait prévu et puni par la loi pénale, abus de confiance de la part du dépositaire, incendie de la chose louée par le locataire ; M. Labbé (5) reconnaît que l'incapable en répondra ; mais pourquoi en serait-il différemment de la responsabilité civile ? On est obligé d'avouer que, même si le délit n'est pas poursuivi pénalement, l'incapable répondra des dommages-intérêts réclamés devant le tribunal civil, et d'ailleurs la punissabilité du fait n'intéresse que l'ordre social et non la victime (6). Mais, si cette conception est abandonnée, on doit retenir l'assimilation qu'elle établissait entre le droit contractuel et le droit précontractuel. En dehors du dol sur la capacité, qui est un délit selon l'article 1307, il n'y a pas confiance légitime trompée de la victime ; en réalité, si on lisait l'article 1307, on apercevait qu'il établissait un cas exceptionnel d'irresponsabilité et non de responsabilité, et l'article 1310, dont le caractère est au contraire

(2) D., 4, 4, *de minor. XXV annis*, 9, 2.

(3) *Loix civiles*, I, 4, 6, 2, n° 11.

(4) Deschamps, *Le dol et la faute des incapables*, Th. Paris, 1889, n°s 32, 58, 86.

(5) Note S. 86.1.1.

(6) Deschamps, *op. cit.*, n° 90 ; Legros, p. 167 ss.

très général, se trouve précisément placé dans une section du Code relative au droit des contrats (7).

Une autre opinion ne fonde pas la distinction sur la présence ou l'absence d'un lien contractuel, mais sur la nature du droit violé (8). L'incapable a-t-il manqué à ces obligations générales qui pèsent sur tout homme doué de discernement, ou a-t-il seulement porté atteinte au droit de créance né du contrat ? En d'autres termes, les fautes commises entre contractants qui constitueraient des fautes entre étrangers ne sont qu'accidentellement contractuelles : l'incapable détériore la chose d'autrui qui lui a été prêtée, il porte atteinte au droit réel du propriétaire et non pas seulement au droit de créance du prêteur ; il est responsable. Mais il s'est obligé par contrat à transférer sa propre chose et il la détruit : toute action en responsabilité échoue contre son droit à l'annulation : dans les relations générales, il n'est pas en principe illicite de détruire sa propre chose. Il faut distinguer le dommage dont le contrat est la cause et celui dont il n'est que l'occasion.

La jurisprudence semble s'arrêter à l'existence apparente d'un contrat pour distinguer la faute ou le dol contractuels de la faute ou du dol délictuels. Heureusement, elle fait de fausses applications de son principe : une femme dotale avait acheté un certain nombre de têtes de bétail

(7) Deschamps, *op. cit.*, n° 40, 83, 89.

(8) Grandmoulin, *De l'unité de la responsabilité ou nature délict. de la resp. pour violat. des oblig. contr.*, Th. Rennes, 1892, p. 80 ; Deschamps (*op. cit.*, n°s 41, 45) emploie une terminologie défectueuse : faute active, faute négative ; la faute active peut n'être qu'une faute d'inexécution si le contrat imposait une obligation de ne pas faire (Aubin, *Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle*, Th. Bordeaux, 1897, p. 39, n. 1) ; et inversement un dol négatif peut avoir un caractère délictuel, comme le dol de commission par omission (V. un ex. dans Legros, *op. cit.*, p. 164).

qui lui furent livrées aussitôt moyennant un prix à fixer à dire d'experts : or, elle rendit l'expertise impossible par des manœuvres frauduleuses, entre autres la vente des bestiaux qui lui avaient été confiés. En exécution d'une condamnation à des dommages-intérêts, la saisie du bien dotal fut validée pour ce motif que, la vente n'ayant pu se former pour défaut de fixation du prix, le dol de la femme n'avait pas un caractère contractuel. Or il était inexact que dans l'espèce il n'y eût pas contrat formé ; il y avait très nettement une convention de dépôt dont le dol de la femme avait eu pour résultat l'inexécution. Mais cela ne faisait en aucune manière obstacle à son caractère délictuel : il s'agissait même d'un délit pénal, l'abus de confiance (9).

Cette décision est intéressante parce que les motifs de l'arrêt annoncent une distinction entre le droit précontractuel et le contrat. On a accentué cette distinction et M. Planiol (10) présente les formules suivantes : en dehors des contrats, la femme dotale répond de son dol et de sa faute ; dans la formation des contrats, seulement de son dol ; et quant à leur inexécution ni du dol ni de la faute. Cette analyse de la jurisprudence peut être généralisée, mais il faut avoir soin de préciser les formules, surtout relativement à l'inexécution du contrat ; il doit être entendu que dans ce dernier groupe on ne vise que les atteintes portées au droit de créance, et d'ailleurs qu'il s'agit d'un incapable non habilité. Ces réserves faites, on peut repousser les attaques qui se sont produites dans deux directions différentes.

(9) Deschamps, *op. cit.*, n° 91.

(10) III, n°s 1606 s. — Sur l'hypothèse de la femme dotale qui a causé par sa folle enchère un préjudice aux créanciers, comp. aussi Périn, *De la responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle de la femme dotale*, Th. Paris, 1905, p. 128 ss.

α) Antérieurement à la doctrine ci-dessus rapportée, M. Labbé (11) avait présenté une distinction entre le dol et la faute qui dominait toujours la formation comme l'exécution des contrats ; l'incapable doit répondre du dol parce que c'est un acte trop contraire à l'honnêteté sociale qui fait pencher la balance en faveur des tiers ; l'atteinte grave à l'ordre public implique un échec à toutes les règles. Cette idée a été reprise pour souligner une distinction radicale du délit et du contrat (12) : il n'y a plus, dit-on, de contrats de droit strict : dans ceux-ci, on n'était tenu par l'action contractuelle que du contenu littéral de l'obligation, et celui qui avait promis un esclave n'était tenu que par l'action de dol pour l'avoir livré empoisonné (13) ; mais avec le développement des contrats de bonne foi, on tendit à reconnaître à la volonté des contractants son plein effet, et l'action du contrat servit à sanctionner tous les engagements qui découlaient de l'intention expresse ou présumée des parties ; les textes qui donnent à un contractant l'action de la loi Aquilia ne sont que des survivances d'une époque où seule existait la responsabilité délictuelle ; mais cette confusion doit disparaître parce que le contrat est le générateur direct ou indirect de toutes les obligations qui vont peser sur les contractants. A la vérité, il y a, parmi les obligations ainsi qualifiées de contractuelles, quelques-unes qui ne diffèrent pas de nos devoirs généraux ; mais cette coïncidence n'en supprime pas le caractère contractuel parce que les parties peuvent, par exemple, avoir réglé la situation d'une manière plus rigoureuse, le dommage

(11) Note S. 79.2.97 ; 82.2.249.

(12) Legros, *op. cit.*, p. 9 ss., 164 ss. — Comp. Tissier, *Rev. crit.*, 1903, p. 590.

(13) D. 4, 3, *De dolo malo*, 7.3.

et la faute étant de nature à se produire plus facilement qu'en dehors du contrat ; et inversement cela tendrait à diminuer la responsabilité de l'incapable, car il doit être mis en garde pour sa condition digne d'intérêt contre cet accroissement des chances de préjudice résultant du contrat (14). L'incapable n'est pas alors entièrement irresponsable, il faut s'attacher au but de la loi qui est le plus souvent une pensée de protection ; elle ne peut aller jusqu'à le libérer de ses engagements quant au dol, mais seulement quant à la faute. Alors il faudrait dire que le simple refus d'exécution du contrat, ce qu'on nomme l'inexécution dolosive, pourrait donner naissance à la responsabilité. L'hypothèse s'est présentée d'une femme dotale qui, ayant vendu des têtes de bétail moyennant un prix à évaluer par experts, se refusa, une fois l'estimation faite, à la livraison ; la femme dotale, n'étant pas incapable de contracter, fut condamnée à des dommages-intérêts pour inexécution ; mais l'acquéreur, ayant voulu saisir un bien dotal en exécution de la dette, la nullité de la saisie fut prononcée parce qu'il n'y avait là qu'un dol contractuel dont les biens dotaux ne devaient pas supporter les conséquences (15). Cette solution était nécessaire, car que deviendrait l'incapacité s'il suffisait pour être responsable de s'obliger et de se refuser ensuite à exécuter (16) ?

β) Une telle assimilation du *dolus* dans la formation et

(14) On admet que l'incapable même habilité ne sera pas tenu contractuellement des soins qu'on peut attendre en général d'un bon père de famille, mais seulement de ceux qu'on peut raisonnablement espérer de lui, étant donné les limites de sa capacité naturelle (Deschamps, *op. cit.*, n° 48).

(15) Orléans, 13 mars 1884 et Cass., 23 novembre 1885, D. 86.1.11, S. 86.1.3.

(16) Planiol, III, n° 1607-2° ; *contra*, Legros, *op. cit.*, p. 168.

dans l'exécution du contrat n'avait pas été d'ailleurs recherchée par Ihering ; mais, d'autre part, son système ne se heurte-t-il pas à un obstacle violent si le dol contractuel lui-même n'est pas pris en considération ? Il énonce, d'ailleurs d'une manière dubitative (17), cette conséquence que l'on pourrait tirer de son système, à savoir que les personnes qui ne peuvent être actionnées en exécution du chef de leurs contrats ne sauraient être actionnées en dommages-intérêts, puisque l'action du contrat ne se conçoit pas contre elles. Puis il la repousse définitivement (18) comme contenant une pétition de principes : le refus de l'action du contrat se rapporte seulement à l'exécution d'un contrat nul ; mais à l'intérieur des relations contractuelles légalement établies, les incapables répondent de la *culpa*, et alors pourquoi ne pas l'admettre aussi pour les rapports contractuels en voie de formation ? Mais nous ne pensons pas qu'on puisse se montrer aussi large surtout en l'état des textes : l'incapable répond d'une manière générale seulement de ses manœuvres frauduleuses (19), et même l'article 1307 exclut déjà sa responsabilité pour une simple déclaration mensongère de capacité ; Ihering estime que l'action de

(17) *Op. cit.*, p. 50, n° 21.

(18) *Op. cit.*, p. 54, n° 23.

(19) Mais cela est vrai aussi du dol général par lequel le mineur aurait trompé son co contractant sur un point essentiel pour la conclusion du contrat ; Larombière (IV, p. 149, n. 5) avait soutenu que, à cause de l'action en nullité du mineur, ce dol était sans importance pour le co-contractant : l'incapable ne devrait en toute hypothèse que restituer l'enrichissement. Mais ce n'est pas l'opinion générale : il y a vraiment lieu pour l'incapable de répondre de ce dol : étant de mauvaise foi, il devra réparer les conséquences de ce délit, donc restituer le prix avec des dommages-intérêts s'il y a lieu (Aubin, *op. cit.*, p. 134 ss. ; Legros, *op. cit.*, p. 20 s. ; Deschamps, *op. cit.*, n° 92, qui examine aussi le cas du dol incident).

dol peut, dans certaines hypothèses, être insuffisante : il suppose par exemple que le tuteur avait l'habitude d'autoriser le mineur à passer de semblables contrats, et par exception lui refuse contre toute attente l'autorisation. Il semble qu'il faille dire que l'autre partie n'a pas de droits acquis dès qu'elle connaît la minorité, ou même qu'elle doit la connaître ; il s'agit de préciser les limites du devoir d'information qui lui incombe. Si les contractants sont séparés, c'est une obligation élémentaire pour chacun de s'informer de la capacité de l'autre, comme par exemple de sa solvabilité, mais d'ailleurs la question se poserait peu fréquemment puisqu'il s'agit en général de rapports commerciaux. Mais si l'on suppose les parties en présence, l'aspect extérieur du mineur sera de nature à trancher la question ; on pourrait encore concevoir l'hypothèse où tout le monde le tiendrait selon les apparences pour un majeur ; et alors il serait coupable de dol pour simple silence sur sa capacité, car le cas où il ignorerait son incapacité ne saurait être envisagé ? Mais cependant il avait peut-être l'intention d'exécuter originairement ses obligations et alors manque l'intention dirigée vers la tromperie. En toute hypothèse, il n'est pas douteux que le mineur ne doive être protégé parce que la loi de protection serait en contradiction avec elle-même en n'admettant pas cette solution ; l'autre partie est regardée comme étant en faute, d'autant que la loi institue la publicité de l'état juridique des personnes. Et même si c'est un pur risque, on ne saurait dire que l'objection d'incapacité avec son caractère entièrement subjectif reste irrelevante : la loi veut cette répartition du risque, elle veut l'écarter de l'incapable (20).

(20) Brock, *op. cit.*, p. 62 ss. — Peu importait donc de donner à

Plus pratiquement, Ihering transporte la question sur le terrain du droit international privé : un mineur de 25 ans est de passage dans un lieu où la majorité est antérieure et où tout le monde le tient pour majeur, et il y contracte des engagements que le tuteur refuse d'acquitter. Toutes les solutions sont défendues : l'étranger peut-il, préjudiciant ainsi à un national, invoquer la loi étrangère qui régit sa capacité (21), sauf d'ailleurs le cas de fraude, ou le cas où cette loi serait contraire à l'ordre public international ? La loi d'introduction au Code civil allemand (§ 7, 3) dispose que l'étranger incapable ou en état d'incapacité restreinte qui passe en Allemagne un acte juridique dont il est incapable, est regardé comme capable pour cet acte en tant qu'il devrait l'être selon la loi allemande ; la pensée du législateur est qu'il ne convient pas de protéger, en présence du péril auquel seraient exposés les nationaux, l'individu qui, ayant plus de 21 ans, est en état d'ordonner sous sa propre responsabilité ses affaires ; on repoussa même une restriction pour le cas où le co-contractant aurait connu le défaut de capacité ; il n'est donc pas question d'absence de faute, et d'ailleurs on sait qu'il peut n'y avoir aucune faute même en présence d'un incapable national (22). Ce système a été souvent défendu en France : on invoque l'impossibilité de connaître la loi personnelle de l'étranger. Laurent, dans son avant-projet de révision du Code civil belge (art. 15), exigeait que l'étran-

la responsabilité un caractère contractuel ; son extension est contrariée par le principe adverse de la protection de l'incapable.

(21) Qui est pour le Français la loi nationale et non plus la loi du domicile (A. Weiss, *Tr. th. et prat. de dr. int. privé*, III, Paris, 1898, p. 139) ; de même en droit allemand (*Einführ. Ges.*, 7, 1) contrairement au droit commun antérieur. Windscheid, *Pand.*, § 35, n. 1).

(22) Brock, *op. cit.*, p. 71 ss.

ger qui contracte en Belgique déclarât son statut personnel, donc son incapacité ; en l'absence de cette déclaration, le tiers de bonne foi aurait pu demander l'application du statut belge. Cependant on trouve souvent plus nécessaire de protéger l'incapable au delà des frontières ; toujours et partout, le devoir d'un contractant est de s'éclairer sur la condition juridique de celui avec qui il contracte ; seulement cette règle, comme on l'a justement observé (23), ne devra pas s'appliquer avec la même rigueur pour les obligations concernant les choses nécessaires à l'existence (aliments, loyers de maisons, etc...) ; dans les autres hypothèses, on appréciera la situation des parties en présence : l'étranger résidait-il depuis longtemps en France, y a-t-il eu dol sur sa nationalité ? A-t-il donné des renseignements mensongers sur le contenu de la loi étrangère ? Le Français était-il dans l'impossibilité pratique de connaître cette loi (24) ? Le droit assurera le triomphe de celui qui a le mieux, le plus normalement agi.

B. — *Représentation.*

L'hypothèse paraît spécialement intéressante parce qu'il y a séparation très nette du domaine de la formation et de celui de l'inexécution du contrat. L'agissement contractuel se répartit entre deux personnalités : le représentant se substitue au représenté dans la formation du contrat et le représenté au représentant dans son exécution (1). Le représenté n'a pas participé à la formation du contrat, et cependant il recueille les droits et assume les obliga-

(23) Demolombe, I, p. 117 ss.

(24) Comp. Weiss, *op. cit.*, III, p. 144 ss.

(1) E. Pilon, *Essai d'une théorie générale de la représentation dans les obligations*, Th. Caen, 1897, n° 106.

tions qui en découlent : il est partie au contrat, et c'est là une différence essentielle avec l'hypothèse de stipulation pour autrui (2). D'autre part, le représentant, une fois le contrat conclu, s'efface, mais on ne doit pas oublier qu'il a été le véritable contractant, et le Code civil allemand (§ 166-1) déclare très exactement que « dans la mesure où les suites juridiques d'une déclaration de volonté sont influencées par des vices de la volonté, ou par la connaissance qu'on a ou qu'on doit avoir de certaines circonstances, on prend en considération la personne du représentant ». Il faut examiner séparément la situation du représentant et celle du représenté.

I. — *Responsabilité du représenté.*

Place-t-on les situations précontractuelles sous la loi du contrat ? Le dol du représentant, contenant une contravention à la loi générale du contrat, produira ses effets dans le patrimoine du représenté ; les fautes commises dans la formation du contrat sont elles-mêmes des atteintes au contrat, et si le représentant s'en rend coupable, en vertu du rapport de représentation, c'est le représenté qui doit réparation. On ne doit pas perdre de vue qu'il y a eu une véritable substitution de personnalités ; et ce résultat ne peut être jugé monstrueux, sinon c'est l'utilité pratique tout entière de l'institution que l'on contesterait : c'est le représentant qui a déclaré sa volonté et commis le dol, mais le représenté est regardé comme ayant conclu l'acte et commis le dol à sa place ; l'élément subjectif de la faute a le même sort que celui, tout aussi subjectif, de volonté (3). On ne saurait donc objecter que le

(2) Pilon, *op. cit.*, n° 403.

(3) Legros, *op. cit.*, p. 186 ss. ; F. Ferrara, Responsabilità contrattuale per fatto altrui, *Arch. giur.*, t. 70, 1903, p. 415 s.

mandataire n'oblige le mandant vis-à-vis des tiers que dans les limites du mandat, et qu'il n'a pas reçu mandat de commettre des délits ; l'acte passé rentre dans les pouvoirs du représentant, le rapport de représentation existe qui engendrera la responsabilité du mandant parce que c'est avec le représenté que le tiers a eu l'intention de contracter et qu'il doit endosser la situation juridique créée par le représentant. En effet, si le représentant avait été victime d'un dol, c'est le représenté qui aurait le droit d'agir en nullité (4) et d'obtenir des dommages-intérêts ; la situation est inversement identique s'il est l'auteur du dol (5).

La plupart des auteurs rattachent simplement la responsabilité du représenté aux principes du droit délictuel et notamment à l'article 1384 qui fait répondre le préposé des délits du préposé. En fait, nous voyons que cette théorie est de plus en plus soutenue pour les administrateurs et gérants de sociétés : « Le gérant, dit M. Thaller, peut aussi obliger la société par ses délits. Non pas qu'il ait reçu le mandat de l'engager de cette manière. Mais il est préposé du siège social : le commettant répond du fait de son préposé dans l'exercice de ses fonctions (art. 1384, C. civ.). La personnalité juridique comprend la responsabilité délictuelle... Le délit du gérant ouvre donc, pour les réparations civiles, une action de la partie lésée contre la société... C'est dans la catégorie des délits qu'on a fait rentrer l'abus de la signature sociale (6). » C'est à tort qu'on

(4) Pilon, *op. cit.*, n° 20.

(5) Comp. par ex. Req., 14 juin 1847, D. 47.1.332 ; Cass., 15 janvier 1872, D. 72.1.165, S. 72.1.9 ; Cass., 20 janvier 1880, D. 80.1.252, S. 80.1.412 ; Req., 30 juillet 1895, D. 96.1.132, S. 96.1.288 ; Req., 17 avril 1896, D. 97.1.40 ; Civ., 15 juin 1898, D. 99.1.559, S. 99.1.209 et note Tissier ; Civ., 4 décembre 1899, D. 1900.1.14.

(6) *Tr. élém. de dr. comm*, nos 411 ss. ; J. Percerou, Des abus de

objecte que l'article 1384 ne saurait s'appliquer d'une manière aussi générale, eu égard à la large indépendance du mandataire (7) qui opère avec beaucoup plus d'initiative et de liberté que par exemple l'ouvrier par rapport au patron dans le louage de services ; mais d'abord il peut arriver, comme dans les sociétés par actions, que la loi constitue de véritables pouvoirs de surveillance ; en outre, dans les sociétés par intérêts, « il est évident que les associés non gérants ont le droit de surveiller la gestion » (8). D'autre part, on admet plus généralement que la responsabilité des commettants repose, plutôt que sur un défaut de surveillance, sur ce que le choix a été fait à la légère et sans renseignements (9) ; mais les abus de la signature sociale

la raison sociale, *Ann. de dr. comm.*, XII, 1898, p. 436 ss. ; Wahl, note au S. 95.1.241. — MM. Lyon-Caen et Renault (*Tr. de dr. comm.*, II, n° 296) paraissent admettre le principe contraire, mais ouvrent aussitôt une série d'exceptions non limitée.

(7) Legros, *op. cit.*, p. 182.

(8) Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.*, n° 253.

(9) Planiol, *op. cit.*, II, n° 910-5° ; Legros (*op. cit.*, p. 191) objecte à tort les principes de la représentation légale à notre solution ; mais il y a là un *status* que la loi règle entièrement en tenant compte d'autres considérations ; et aucune théorie ne peut absolument éclairer toute la situation : le tuteur n'est pas un tiers pour le pupille et l'action en nullité pour dol sera donc ouverte contre le mineur (C. civ., 1116) ; mais ici intervient un tempérament d'équité : les souvenirs du droit romain ont dû l'inspirer, où le mineur ne devait rendre que son enrichissement (D., 4, 3, *de dolo malo*, 15, pr.) ; le mineur ne sera pas tenu des dommages-intérêts qui pourraient être réclamés en outre par la victime du dol (Aubry et Rau, I, § 115, n. 9, p. 728 ; IV, § 343 bis, n. 28, p. 506 ; Pilon, *op. cit.*, n° 105). Peu importe maintenant qu'on explique cette restriction par cette idée que la représentation n'a pas sa source dans un acte de volonté du représenté, ou par le fait que la responsabilité doit être atténuée parce que le mineur n'a pu choisir son tuteur, encore moins le surveiller, ce qui serait une véritable interversion des rôles.

doivent bien alors obliger la société sur la base de l'article 1384 : « s'il y a eu un abus, il est juste que la conséquence en retombe non sur les tiers, mais sur les associés qui ont eu le tort de mal choisir le mandataire » (10).

Si l'on suppose maintenant que le mandataire a excédé ses pouvoirs, en principe le représenté cesse assurément d'être tenu ; s'il l'est exceptionnellement, ce ne peut plus être par sa volonté affirmée dans la procuration, mais selon les principes du droit délictuel, parce qu'il aura commis une faute de négligence. Dans cette faute, il est vrai, Ihering retrouve la *culpa in contrahendo* ; il rapproche le changement de volonté qui peut se produire dans la conclusion de contrats par personnes intermédiaires du changement de volonté qui se produit dans les contrats entre absents : « la seule différence est qu'ici c'est une personne qui remplace la lettre ». Son raisonnement est toujours semblable : il y a eu contrat apparemment formé, faute du mandant, bonne foi des tiers ; du contrat inexistant sortira une action en réparation du dommage négatif. Mais déjà il reconnaît l'existence d'un autre remède « plus convenable pour les relations commerciales », et préfère le système de l'ancien Code de commerce allemand (§ 46), qui ne donne effet au retrait de la procuration qu'en tant que le tiers en ait eu ou dû avoir connaissance (11). Et

(10) Lyon Caen et Renault, *op. cit.*, n° 292. — Fonde-t-on la responsabilité sur le contrat ? Alors on devrait peut-être dire que l'insertion dans les statuts d'une clause indiquant que le gérant ne pourrait engager la société que pour les affaires qui la concernent dégagerait la responsabilité sociale des abus de signature ? On s'accorde à dire qu'une telle clause resterait sans effets à l'égard des tiers, qui, devenant rapidement de style, ruinerait le crédit (Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, n° 293 ; Thaller, *op. cit.*, n° 412).

(11) Ihering, *op. cit.*, n° 37, p. 81.

selon la loi française aussi les contrats passés par le mandataire obligent le mandant malgré l'extinction du mandat, si la cause d'extinction, révocation, décès, est restée ignorée du mandataire ou des tiers (12). La jurisprudence suit absolument ce point de vue et même les défenseurs du point de vue contractuel lui reconnaissent pour base l'article 1382 (13) ; ce sont les pouvoirs apparents donnés au mandataire qui ont contribué à tromper les tiers de bonne foi ; ou bien il y a eu des modifications et restrictions secrètes, ou encore le mandat était conçu en termes équivoques : c'était au mandant à mieux fixer les termes de sa procuration et les tiers de bonne foi ont le droit de s'en tenir aux apparences (14).

II. — Responsabilité du représentant.

Du dol commis dans la formation du contrat, on doit d'abord noter que le représentant doit répondre, alors que l'inexécution du contrat ne pourrait lui être reprochée : les contrats qu'il passe dans la limite de ses pouvoirs ne l'obligent pas parce que les parties visent un

(12) C. civ., 2005, 2008, 2009 ; Planiol, II, nos 2259, 2264 ; comp. C. civ. all., §§ 170 ss.

(13) Legros (*op. cit.*, p. 184) abandonne ici son principe.

(14) V. par ex. : Dijon, 25 février 1874 et Req., 14 juin 1875, D. *Rép.*, V^o *Mandat*, n^o 142 ; Civ., 11 avril 1876, D. 79.1.164 ; Paris, 25 mars 1892, D. 92.2.263 ; Limoges, 15 juillet 1899, D. 1902.1.55 ; Alger, 12 mars 1901, D. 1903.2.45 ; Req., 11 décembre 1901, D. 1903.1.114 ; Trib. civ. Seine, 27 février 1903, *Gaz. Trib.*, 17 juillet 1903. — Le mandant pourrait encore avoir à répondre selon les principes de l'enrichissement sans cause (Algèr, 7 juin 1899, D. 1901.2.181), mais nous sommes absolument en dehors du droit contractuel. — V. encore G. Lombroso, *Sugli abusi della ragione sociale*, *Riv. di dir. comm.*, VI, 1908, 1, p. 136, qui part du principe d'une *diligentia* réciproque requise *in contrahendo*. — Comp. E. Gombaux, Des représentants de commerce, *Ann. de dr. comm.*, 1906, p. 103 ss.

autre résultat. C'est donc une erreur de parler ici de responsabilité contractuelle ; on a dit que le contrat du représentant, pour produire effet dans le patrimoine du représenté, contient une clause d'irresponsabilité du représentant qui a pour effet de le soustraire aux engagements contractés ; or, s'il est permis de convenir qu'on ne répondra pas de sa faute, on ne peut stipuler l'irresponsabilité du dol (15). C'est, semble-t-il, tirer de la qualité de contractant que le représentant possède des conséquences excessives, et qui ne paraissent pas complètement en accord avec le système de la représentation directe, qui est celui du droit moderne : encore une fois, le représentant ne contracte que pour le représenté et il n'a rien à stipuler quant à lui. Le dol du représentant nous conduit nécessairement sur le terrain délictuel (16) ; il y aura d'ailleurs concours d'actions au profit du tiers contre le bénéficiaire définitif du contrat et contre l'intermédiaire. D'autre part le système précédent conduirait à rejeter que le représentant dût jamais répondre de ses fautes, au lieu d'appliquer l'article 1383 du Code civil ; or il n'en est pas ainsi, comme on le verra au sujet du représentant sans pouvoirs ; si les partisans du contrat recourent alors au concept de garantie, on peut bien se demander ce que signifie ce principe que l'on fait intervenir selon les besoins de la cause pour faire admettre aussi bien que pour faire exclure la responsabilité.

Très intéressante en effet est la situation de celui qui se présente comme représentant alors qu'il n'a en réalité aucun pouvoir. Naturellement si la ratification de celui qui

(15) Legros, *op. cit.*, p. 190.

(16) Michoud, note sous Pau, 28 décembre 1891, S. 92.2.299 ; Pilon, *op. cit.*, n° 112.

est indiqué comme représenté survient, le contrat est entièrement efficace (C. civ. all., § 177); mais on suppose que le vice originaire n'est pas couvert, et alors le *falsus procurator* est obligé envers les tiers de bonne foi; seulement tout est contesté, la nature et le fondement de son obligation.

On s'attachera tout d'abord à distinguer les diverses situations possibles : celui qui se présente comme représentant alors qu'il n'a pas de pouvoirs ou les dépasse, peut être de mauvaise foi et connaître sa situation, soit que d'ailleurs il sache qu'il ne doit pas attendre l'autorisation, soit qu'il espère l'obtenir. Ou bien il est de bonne foi, il est dans l'erreur sur l'existence ou la portée de ses pouvoirs, par exemple il croit sa procuration valable alors qu'elle est nulle. On écarte d'ailleurs les hypothèses où le tiers aurait connaissance du défaut de pouvoirs : ses droits se déterminent selon d'autres principes, selon qu'il lui a été presté ou non garantie expresse.

L'hypothèse d'erreur du représentant est délicate. On recourut tout d'abord aux principes du droit romain : le véritable contractant est le représentant ; les droits et les obligations naissent dans sa personne comme s'il avait voulu conclure le contrat pour son intérêt ; seulement il retransfère les effets du contrat dans la personne de celui pour qui il traite et s'affranchit ainsi de l'obligation contractuelle en présentant au tiers une autre personne contre laquelle il pourra agir. Le tiers commencera par actionner le représenté, et si l'action n'atteint pas son but parce qu'il n'existait aucun lien juridique, il agira contre le représentant qui est en droit le véritable contractant (17). Seu-

(17) Bähr, Ueber Irrungen im Kontrahieren durch Mittelspersonen, *Jahrb. f. Dogm.*, VI, 1863, p. 292.

lement cette construction romaine, insuffisante pour les besoins de la pratique, n'est plus admise à titre principal, et dans le droit moderne a cédé la place à la représentation directe : le représentant n'est pas contractuellement obligé, parce que les parties ont admis que les effets du contrat ne devaient pas se produire en sa personne.

Les conceptions proposées ont été particulièrement abondantes : ce fut d'abord l'application de la formule même de Ihering, préconisée par Laband (18) et Mitteis (19) : le *falsus procurator* a commis une faute qui l'obligera à réparation de l'intérêt négatif ; même si son erreur sur son défaut de pouvoirs est excusable, elle constitue encore une faute ; là aussi la conduite subjective du représentant finit par devenir indifférente, et l'on fonda la responsabilité simplement sur l'ignorance excusable des tiers (20). Dans cette voie, quelques-uns en vinrent à parler d'une garantie légale fondée sur la bonne foi, ce qui semblerait devoir engager le représentant à l'exécution ou à l'intérêt d'exécution (21), tandis que d'autres, plus fidèles aux anciens principes, limitaient encore l'obligation au cas de dol du représentant (22). L'opinion dominante semblait déjà s'orienter vers une distinction entre le dol, qui serait de nature à entraîner la réparation de l'intérêt positif, et l'erreur qui ne devrait pas engager

(18) Die Stellvertretung bei dem Abschluss von Rechtsgeschäften, *Z. f. d. ges. Handelsrecht*, X, p. 234 ss.

(19) *Die Lehre von der Stellvertretung, nach römischem Recht*, Vienne, 1885, p. 169 ss.

(20) Regelsberger, *Pandekten*, I, § 164.

(21) Zimmermann, *Die Lehre von der Stellvertretenden negotiorum gestio*, Strasbourg, 1876, p. 293 ss.

(22) Hellmann, *Die Stellvertretung im Rechtsgeschäften*, 1882, p. 142.

le représentant au-delà de l'intérêt négatif (23). D'ailleurs il était évident que l'on ne pouvait songer à imposer au tiers l'exécution de l'obligation par le représentant, puisqu'il a entendu contracter avec le représenté : on pouvait au plus lui ouvrir le choix entre l'exécution et l'intérêt d'exécution.

La notion d'intérêt négatif est peu pratique ; d'autre part la sécurité des relations exige que le représentant réponde envers les tiers de son défaut de pouvoirs, parce qu'il doit être considéré comme plus à même de les connaître. Aussi la jurisprudence du Tribunal d'Empire obligeait le *falsus procurator* à l'exécution du contrat si le tiers ne connaissait pas le défaut de pouvoirs, et cela sans distinguer s'il y avait dol ou faute du représentant ; le fondement de la responsabilité était dans la garantie tacite du pouvoir impliquée dans le fait du représentant qui passe contrat (24). Or, cette base a pu être à bon droit jugée vide de sens au cas où le représentant est dans l'erreur sur l'existence de son pouvoir : c'est une fiction sans valeur (25). Mais il est intéressant de noter aussi que la jurisprudence française déclare « que tout contractant doit la garantie de sa qualité ; qu'en stipulant comme mandataire..., il se soumet à la réparation des torts résultant du défaut de justification du mandat (26) ».

Le premier projet de Code civil allemand (§ 128) admettait que le représentant qui, dans la conclusion du con-

(23) Hölder, *Pandekten*, § 57, p. 205.

(24) Brock, *op. cit.*, p. 80.

(25) Hartmann, Wort und Wille im Rechtsverkehr, *Jahrb. f. Dogm.*, XX, 1882, p. 65.

(26) Grenoble, 1^{er} mars 1845, et Limoges, 25 mars 1846, D. 48.2.32, S. 48.2.33 (dans la dernière espèce, il semble à la vérité y avoir eu une clause de porte-fort).

trat, n'a pas informé de son défaut de pouvoirs, est, sur refus de ratification, personnellement obligé envers l'autre partie : celle-ci a le choix entre l'exécution ou l'intérêt d'exécution ; la responsabilité faisait défaut seulement au cas où l'autre partie avait connu le défaut de pouvoirs. Donc on admettait pour les besoins du commerce que, de la simple *culpa in contrahendo*, pourrait naître une obligation à l'intérêt positif, et cette conception s'appuyait sur les solutions déjà admises par l'ancien Code de commerce (§§ 55, 298) (27). Et d'autre part, on exigeait pour exclure l'obligation que le tiers eût connu le défaut de pouvoirs ; il ne suffisait pas qu'il eût dû le connaître ; et cela résultait de ce que l'on fondait la responsabilité du représentant sur une promesse de garantie, ce qui devait dispenser les tiers de s'informer davantage de l'existence ou de l'étendue de ces pouvoirs. Mais, dans les délibérations de la deuxième commission, les critiques se firent très vives contre le caractère fictif de cette promesse de garantie ; il n'y avait pas moins de huit propositions en vue de régler différemment la situation du *falsus procurator* (28). Il fut assez vite admis contre le droit antérieur que l'obligation serait restreinte à l'intérêt négatif au cas de simple faute ; alors que si le représentant était conscient du défaut de pouvoirs, l'idée de garantie, plus naturelle, devait conduire à l'intérêt positif ; c'est en ce sens que se fit la conciliation des opinions divergentes qui aboutit à la rédaction actuelle du paragraphe 179 (29).

Quel est le motif de la différence établie entre la mauvaise foi et l'erreur du représentant ? Comment dire que

(27) *Motive*, I, p. 243 ss.

(28) *Prot.*, I, p. 156 ss.

(29) Brock, *op. cit.*, p. 80 ss.

le contrat est inefficace et lui attacher les effets d'un contrat efficace ? Le paragraphe 177, alinéa 1, décide que si quelqu'un conclut un contrat au nom d'un autre sans pouvoir de représentation, l'efficacité du contrat pour et contre le représenté dépend de l'approbation de ce dernier ; dira-t-on alors que, selon ce texte, il n'est pas exclu que le contrat soit efficace pour et contre le représentant lui-même ? L'obligation serait proprement contractuelle : mais on peut toujours objecter que les parties n'ont pas cherché à produire des modifications dans le patrimoine du représentant. D'autre part on a fait justement remarquer que l'obligation du *falsus procurator* selon le paragraphe 179, alinéa 1, n'est pas celle qui résulterait contre lui d'un contrat efficace selon le droit commun : le co-contractant aurait exclusivement l'action en exécution, et, seulement à défaut, pourrait exiger l'intérêt d'exécution selon les principes généraux (C. civ. all., §§ 280, 283, 286) ; or ici le tiers a le libre choix et peut actionner le représentant soit pour l'exécution, soit pour l'intérêt d'exécution, c'est-à-dire l'intérêt qu'il aurait eu à l'exécution par le représenté (30). L'examen de la conduite du représentant montre qu'on n'a pas voulu faire reposer

(30) Si le tiers a choisi l'exécution et que le représentant n'exécute pas, celui-ci devra prêter l'intérêt d'exécution, mais cela s'entend alors de l'intérêt que le tiers aurait eu à l'exécution par le représentant. — Le mandataire, d'autre part, pourra se trouver lié au contrat qu'il n'avait pas entendu passer pour son compte ; mais sa responsabilité se montre aussi étendue dans d'autres hypothèses : lorsque dans sa pensée il voulait agir pour autrui, mais qu'il s'est présenté comme agissant pour lui, ou mieux lorsque sa volonté d'agir pour autrui ne se laisse pas clairement reconnaître, il sera personnellement tenu envers le tiers qui a voulu l'avoir pour co-contractant (C. civ. all., 164, 2 ; Planiol, *op. cit.*, II, n° 2253). Nous laissons entièrement de côté les rapports de mandant à mandataire.

l'obligation simplement sur les besoins du commerce et la bonne foi des tiers ; et, d'autre part, en s'en tenant aux principes du droit allemand, il ne devrait sortir de l'inefficacité qu'une action en réparation du dommage négatif. Si l'on envisage l'hypothèse du représentant qui connaît son défaut de pouvoirs, mais qui de bonne foi espère une ratification, on voit, en se référant aux travaux préparatoires, que le législateur a voulu expressément prévoir cette hypothèse parce qu'il était douteux que, sans une règle spéciale, la jurisprudence aboutit à une solution semblable, jugée cependant nécessaire, sur le fondement d'une promesse de garantie trop hypothétique (31). Ceci explique le paragraphe 179, alinéa 1 ; il y a un contrat de garantie tacite qui produira son effet si le contrat conclu expressément au nom d'autrui est inefficace, et alors on comprend qu'il en résulte l'intérêt positif. Et s'il en est de même au cas de dol, ce n'est pas là la sanction des manœuvres dolosives qui n'engendreraient pas ce résultat ; mais le dol intérieur du représentant qui lui ferait refuser cette garantie ne constituerait qu'une réserve mentale dont la prise en considération est exclue par le paragraphe 116. D'autre part, cela se concilierait parfaitement avec le paragraphe 179, alinéa 2, parce que l'on ne saurait insinuer que le représentant qui est dans l'erreur promet garantie, et pour cela l'obligation de réparation se restreindrait à l'intérêt négatif (32). Cette conciliation est ingénieuse, mais non entièrement satisfaisante ; si l'on veut que le contrat de garantie tacite soit psychologiquement admissible, il faut au moins que cette garantie tacite ne soit pas en contradiction avec ce qu'eût été une

(31) *Prot.*, I, p. 156 ss.

(32) Brock, *op. cit.*, p. 88 ss.

garantie expresse. Or précisément l'exclusion du droit à des dommages-intérêts pour le cas où le demandeur aurait dû connaître le défaut de pouvoirs rend cette explication peu vraisemblable, car c'est justement dans l'hypothèse où le tiers a des doutes et ne peut plus longtemps s'informer qu'il se ferait promettre garantie.

Très notable est en effet cette disposition du paragraphe 179 du Code civil allemand, contraire au droit antérieur, que le tiers doit être exempt de négligence ; s'il devait connaître le défaut de pouvoirs, toute responsabilité cesse ; mais d'ailleurs on ne doit pas apprécier ce « devoir connaître » (Kennenmüssen) d'une manière rigoureuse qui serait contraire aux exigences du commerce ; c'est au juge à apprécier selon les usages de la vie si la confiance des tiers était légitime. En principe le représentant est plus à même de connaître le défaut de pouvoir que le tiers (33), et on comprend que la bonne foi de celui-ci soit plus largement protégée ; le représentant ne peut se dégager en objectant son erreur pour faire tomber son obligation (34) ; il devait, selon le Code civil (art. 1997), donner à son co-contractant une suffisante connaissance de ses pouvoirs. Si d'ailleurs il l'a fait, il n'est tenu d'aucune garantie pour ce qui a été fait au-delà, en dehors du cas où il s'y serait personnellement soumis ; le tiers qui a dû connaître la limite de ses pouvoirs ne peut plus invoquer sa bonne foi pour exclure l'inefficacité de l'acte ou demander réparation : s'il y a un risque, il l'a consciemment accepté (35).

(33) Mais il peut en être différemment, ainsi au cas de représentation légale : l'erreur sur l'étendue des pouvoirs du tuteur n'est guère plus excusable chez le tiers : en dehors d'une garantie expresse du tuteur qui s'est porté fort, et aussi de son dol, ses fautes de négligence sont compensées par des fautes égales des tiers (Aubry et Rau, I, § 115 *in fine*, p. 731 ; Planiol, I, n° 2384).

(34) V. par ex. Caen, 22 juin 1891, *Rec. Rouen*, 91.2.129.

(35) Planiol, II, n° 2256.

ÉTENDUE DE LA RESPONSABILITÉ PRÉCONTRACTUELLE.
RESPONSABILITÉ SANS FAUTE.

A. — *Bonne foi, croyance légitime trompée.*

Le principal obstacle à l'idée d'une responsabilité extra-contractuelle était la limitation de cette responsabilité ; selon le droit romain, le dol seul est une cause générale de réparation du dommage, mais l'insuffisance de l'*actio doli* était manifeste. Même en assimilant la simple faute de négligence au dol, on ne pouvait encore satisfaire les exigences de la vie. Seulement, en donnant à la responsabilité un caractère objectif, ne fallait-il pas renoncer à trouver une base dans la conduite individuelle du responsable ? Mais d'ailleurs les textes sur lesquels Ihering s'appuyait ne faisaient aucune mention d'une faute quelconque du vendeur ; et si on ne pouvait interpréter ce silence dans le sens d'un renvoi aux principes généraux, c'est-à-dire à l'action de dol, il fallait alors se borner aux conditions posées par ces textes ; et la principale n'était-elle pas la bonne foi de l'acquéreur ?

L'idée de placer l'élément générateur de la responsabilité dans la situation de la victime du dommage est reconnaissable chez Thöl (1) : l'offrant qui retire son offre dans des circonstances telles que sans ce retrait le contrat se fût formé entre lui et le destinataire, doit réparer tout le dom-

(1) *Handelsrecht*, I, § 57, 3^e éd., p. 242.

mage que le destinataire éprouve pour s'en être tenu à son offre ; alors en effet celui ci a un droit en honneur et loyauté, selon la bonne foi (*denn zu dieser Voraussetzung hat er nach Treu und Glauben ein Recht*). Certes l'importance de la bonne foi n'avait pas été méconnue avant lui ; mais on y voyait plutôt une condition indispensable que l'élément décisif : la responsabilité, pensait-on, prend sa source chez l'auteur du dommage ; seulement cette obligation à réparation intervenant en dehors de toute faute dans l'exercice du droit de révocation de l'offre était peu conciliable avec cet ancien point de vue. Aussi Goldschmitt (2), en rejetant l'idée de garantie conventionnelle présentée par Regelsberger, se demandait si cette décision ne devait pas s'expliquer simplement par le postulat de la bonne foi : une espérance légitime a été créée chez le destinataire que par son acceptation naîtrait un contrat parfait ; sa déception lui donnera droit à réparation en dehors de toute faute du proposant.

Cette doctrine fut en honneur dans notre ancien droit (3) ; encore Pothier base l'obligation de l'offrant sur l'équité (4) ; mais la plupart des jurisconsultes modernes l'ont abandonnée pour recourir à l'explication d'une obligation volontaire. Dans la dernière époque, les jurisconsultes allemands avaient accédé assez nombreux au nouveau point de vue ; c'est par la bonne foi de l'acheteur que Bechmann (5) justifie l'obligation du vendeur d'une chose inexistante ; et c'est aussi à la bonne foi que

(2) *Zeitschrift f. d. g. Handelsrecht*, XIII, 1869, p. 335.

(3) V. les citations de Despeisses (*Œuvres*, I, de l'achat, 2, n° 8) et Prévôt de la Jannès (*Les principes de la jurispr. fr.*, II, p. 217) dans Legros, *op. cit.*, p. 110.

(4) *Vente*, n° 32.

(5) *Op. cit.*, II, p. 434.

Schall (6) a recours pour expliquer l'obligation à réparation de l'expéditeur dont la déclaration a été inexactement transmise. Pour l'hypothèse de révocation de l'offre, cette construction fut de mieux en mieux accueillie à mesure que les jurisconsultes étendaient la responsabilité de l'offrant même au cas où aucune acceptation n'était intervenue (7). Chez les jurisconsultes italiens, beaucoup expliquent aussi par l'idée de bonne foi, en dehors de toute faute de l'offrant, l'obligation de réparation que lui impose l'article 36 du Code de commerce (8). Chez nous, M. Gény (9) a demandé qu'on assouplisse toute la théorie de la formation des contrats par l'introduction de l'idée de bonne foi, parce que la base psychologique des discussions doctrinales est trop étroite ; historiquement d'ailleurs, les termes de contrat de bonne foi et de contrat consensuel se correspondent ; l'auteur voit dans la notion de bonne foi en droit moderne « le pivot moral du jeu des volontés autonomes ». Cette obligation à la bonne foi gouverne les relations contractuelles existantes (C. civ., art. 1134, 2°) ; comment ne lui accorder aucun rôle dans les relations contractuelles en voie de formation ?

Techniquement, la seule notion de bonne foi n'aboutit pas à une solution satisfaisante : car la bonne foi chez la victime du dommage le plus souvent ne suffit pas ; il faut non seulement qu'elle ait ignoré la cause de nullité qui pourrait être invoquée contre elle, il faut encore que son

(6) *Der Parteiwille im Rechtsgeschäft*, Diss. (Tübingen) Stuttgart, 1877, p. 45, n. 19.

(7) Fritze, *op. cit.*, p. 92, 94.

(8) Bolaffio, *Il Cod. di Comm. comment.*, I, n° 252 ; C. Vivante, III, n° 1023.

(9) *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899, n° 172, p. 529 ss.

ignorance ne lui soit pas imputable à faute : c'est le devoir connaître (Kennenmüssen) que l'on retrouve dans les paragraphes 122, 179 et 307 du Code civil allemand, dont l'analyse est si délicate ; on sait qu'il y a là une expression caractéristique de la technique législative allemande et qu'on n'a pu lui trouver un équivalent ; la formule est unique et son contenu insusceptible de développements précis : il y a là une question de fait à apprécier par le juge selon les usages, les habitudes, les circonstances.

D'autre part, le principe de la bonne foi ne tire sa valeur spéciale que de l'absence de toute faute imputable au co-contractant, à qui l'on veut cependant imposer la perte ; mais alors c'est que l'on suppose chez lui un état égal de bonne foi, et ce qu'il faut expliquer, c'est pourquoi dans ce conflit de bonnes fois l'une est préférée à l'autre (10). Le tiers allègue que sa confiance est trompée par le fait du désaccord de la volonté et de la déclaration chez son co-contractant ; mais celui-ci aussi a bonne confiance qu'il exprime sa volonté réelle et n'entend pas être lié par une déclaration qui ne correspond pas à sa volonté. Ces hypothèses de répartition d'une perte entre personnes de bonne foi comptent parmi les plus délicates ; doit-on laisser le risque retomber sur celui qui naturellement le subit : *res perit domino* ? doit-on l'imputer à l'activité dont

(10) Il suffit de rappeler ici que Solon (*op. cit.*, II, n° 94) en concluait que la responsabilité devait être limitée au dol : « Une partie, traitant de bonne foi, a fait une avance dont l'autre partie, aussi de bonne foi, n'a pas profité. Par exemple, celle des deux qui a payé les frais et loyaux coûts du contrat, ne peut en demander le remboursement, en tout ou partie, à l'autre contractant. Tant pis pour celui qui les a payés ; l'acte lui est préjudiciable quoiqu'il ne puisse lui être utile, mais la justice le veut ainsi. On conçoit en effet que la bonne foi de la partie qui n'a eu à payer aucun frais, la met à l'abri de toute poursuite. »

il est issu ? doit-on, comme dans d'autres théories, distinguer entre la personne qui veut éviter une perte et celle qui cherche à réaliser un gain ? L'errant devrait alors être préféré à son adversaire. Mais déjà la simple considération de la bonne foi est indifférente pour déplacer l'incidence du risque.

Une formule plus perfectionnée parle de garantie légale ; l'origine doit en être cherchée chez Eisele (11) qui fonde ainsi la prestation de l'intérêt négatif au cas de nullité pour erreur ; sans cette obligation, selon lui, l'existence des rapports juridiques ne serait pas possible ; or le droit veut sans aucun doute les relations ; dès lors il doit garantir à tout individu qui entre en rapports contractuels avec un autre qu'à la déclaration de celui-ci correspond une volonté identique. Windscheid (12) généralise ce principe, et il croit que les textes romains peuvent être interprétés en ce sens ; l'idée de garantie légale est mise en avant pour mieux caractériser l'obligation à la bonne foi ; on aboutit ainsi à la formule suivante : l'obligation à réparation de l'auteur de la déclaration ne repose pas sur sa volonté, c'est le droit qui la lui impose quelle que soit sa volonté ; c'est le droit qui veut (13) que celui qui reçoit une déclaration de volonté puisse compter qu'un contrat pourra naître et être parfait par son acceptation. Seulement cette volonté du droit ne peut avoir un caractère si

(11) Ueber die Nichtigkeit obligatorischer Verträge wegen Mangels an Uebereinstimmung der Willen der Kontrahenten, *Jahrb. f. Dogm.*, XXV, 1887, p. 472 ss.

(12) *Pand.*, II, § 307, n. 5 (après la 5^e éd.).

(13) Sur cette volonté du droit, Melliger objecte qu'elle ne se comprend pas sans un fondement plus profond (*op. cit.*, p. 145), et si on veut se référer exclusivement à la seule *bona fides*, il y a plutôt là une renonciation à la construction juridique.

arbitraire qui ferait considérer la concession de l'action comme une véritable anomalie. On a parfois opéré un rapprochement avec la conception, d'ailleurs si obscure (14), de la garantie des vices cachés (15). La raison de cette garantie, ou mieux de cette responsabilité du vendeur, dans ses limites légales, devrait être cherchée moins dans une inexécution des obligations du vendeur que dans la condition de l'acquéreur : il est de bonne foi, et c'est dans l'erreur qu'il a donné son consentement à la vente (16) ; s'il avait connu la situation exacte, il n'eût pas consenti, ou du moins n'eût pas consenti sur ces bases : il pourra demander l'annulation du contrat ou sa modification, sa reconstruction, et cela parce qu'en toute hypothèse il avait de justes motifs de croire en l'absence du vice ; ainsi, dans l'équilibre des intérêts en présence, c'est le vendeur qui sera sacrifié ; il est vrai qu'il peut être exempt de toute négligence, mais encore était-il mieux placé que l'acheteur pour reconnaître l'existence du vice.

La comparaison et la balance des intérêts se font sans doute en vue de la protection de la bonne foi, mais encore une fois cette formule est à elle seule insignifiante. Le principe de la bonne foi est-il donc si général, si absolu en droit positif, que toute action contraire constitue une violation de nos devoirs généraux ? Sans doute, il existe

(14) Sur toutes les théories, V. R. Fubini, *La teoria dei vizi redibitori nel dir. civ. e commerc. ital.*, Turin, 1906, p. 106 ss.

(15) Legros, *op. cit.*, p. 254 ss.

(16) Laurent, *op. cit.*, XXIV, n° 288 ; Giorgi, *Teor. d. oblig.*, Florence, 1899, IV, n° 70. — Nous n'avons pas ici à rechercher le difficile criterium de la distinction de l'action rédhibitoire et de l'action en nullité pour erreur (V. Fubini, *Contrib. à l'étude de l'erreur*, *Rev. trim.*, I, 1902, p. 301 ss., n° 26 ss.).

des hypothèses particulières où le droit établit une distinction entre la bonne et la mauvaise foi ; mais on ne saurait en faire une extension illimitée et on ne voit pas que la bonne foi ait été élevée à la dignité d'obligation légale tout à fait générale (17). La notion de bonne foi ne semble permettre aucune systématisation parce qu'elle ne constitue pas par elle-même une catégorie juridique tranchée ; on doit craindre ici une confusion de la politique législative et du droit positif ; la protection de la bonne foi est une de ces idées fondamentales dont l'ordre juridique tout entier procède ; aussi on pourra se demander, pour juger une règle de droit positif, si elle correspond ou non aux exigences de la bonne foi. Mais dans les relations concrètes, aucun texte ne vient dire que l'on doive prêter tout ce que la bonne foi exige ; et comme d'autre part l'ensemble des dispositions du droit positif doit être en accord avec la bonne foi, il n'y aurait plus, en s'en tenant partout à ce critérium, aucune catégorie juridique possible (18). Si d'autre part la bonne foi joue un rôle très important dans l'exécution du contrat, cela tient à ce qu'elle peut en quelque sorte s'adosser à une autre obligation ; son influence n'est pas aussi aisée à reconnaître dans la formation du contrat où nulle obligation déjà née ne peut lui fournir un point d'appui ; Thon donnait à cette objection une précision saisissante : il y a des actions *emti, venditi, locati*, etc... qui toutes sont *bonæ fidei*, mais il n'y a pas d'action *bonæ fidei* (19).

On a cherché, il est vrai, à faire prévaloir une formule très étendue de nos devoirs généraux humains : nous

(17) Faggella, *op. cit.*, n° 60.

(18) Brock, *op. cit.*, p. 164.

(19) Thon, *loc. cit.*, p. 69 ; Köppen, *loc. cit.*, p. 276.

serions obligés à ne pas tromper la confiance nécessaire à l'entretien des relations sociales (20) ; on affirme l'insuffisance du point de vue subjectif de la faute et l'existence de la responsabilité dans l'exercice de nos droits ; la seule base solide reste la violation du droit d'autrui. Seulement dans la dynamique des droits, l'exercice de l'un se concilie mal avec l'exercice de l'autre ; et si nous ne pouvons fixer les limites exactes de notre droit, il paraît tout aussi malaisé de déterminer celles du droit d'autrui. Toute théorie de la responsabilité aboutit donc à la révélation d'un conflit de droits, et alors il convient de rechercher quel est le fondement de l'acquisition des droits, quand et pourquoi on peut parler de droits acquis. L'histoire d'une part nous montre que le droit est d'essence relative et que la conscience collective abolit les droits comme elle les fait naître ; ainsi nos droits individuels se forment et se déforment sous l'action des croyances du milieu. Et si nous nous arrêtons sur une société donnée, nous nous apercevrons vite aussi que c'est le besoin de confiance des hommes qui détermine la naissance des droits, et cette confiance, c'est encore la croyance nécessaire pour agir ; « il faut agir, donc il faut croire » ; et si l'on a le sentiment d'avoir bien agi, en vérité le droit naîtra ; une obligation pèse ainsi sur chacun de nous d'avoir une conduite normale si nous voulons que la société nous protège ; il faut, quand nous agissons, que nous sachions à quoi nous en tenir, et notre garantie est dans le sentiment que nous avons d'agir conformément au droit et dans le sentiment que nous avons aussi que

(20) E. Lévy, *Responsabilité et contrat*, Paris, 1899 (paru aussi dans la *Rev. crit.*, 1899, p. 373 ss.)

nos semblables agissent conformément au droit (21). Par là s'explique que « les autres sont responsables envers nous dans la mesure où nous avons besoin d'avoir confiance en eux pour agir » et que « dans la mesure où pour agir nous avons besoin d'avoir confiance en nous-mêmes, nous ne sommes pas responsables envers autrui » (22). Ainsi le droit se détermine selon les besoins du commerce juridique, les nécessités sociales ; dans une époque d'activité intensive notamment, comme on n'a plus le temps de douter, on assimilera les apparences aux réalités, et le droit individuel subira une éclipse totale ; ainsi « les nouveaux contrats formels du droit commercial sont beaucoup moins faits pour la protection de la volonté de ceux qui contractent que dans l'intérêt du crédit, du respect des tiers » (23).

On ne peut approfondir ici les positions principales de la doctrine du sentiment du droit : en face des perpétuelles divergences de la théorie et de la pratique, de la science et de l'art, de l'école et de la vie, délibérément elle sacrifie principes et concepts, et tout ce premier matériel scientifique où elle ne voit avec dédain qu'un « lest scolastique ». L'étude de l'histoire et l'analyse des législations permettront d'affiner l'*ars æqui et boni*, mais il ne faut pas parler de l'établissement de règles juridiques d'où l'on pourrait déduire en toute sécurité les conséquences ; ces règles peuvent être seulement des conseils précieux dont le juge s'inspirera quand il voudra rechercher la solution conforme au juste ; ainsi tout le travail passe du législateur

(21) E. Lévy, *op. cit.*, p. 22 ss.

(22) E. Lévy, *op. cit.*, p. 18.

(23) E. Lévy, *L'exercice du droit collectif*, n° 9, *Rev. trim.*, II, 1903, p. 102.

au juge, qui ne trouve plus d'appui dans le droit objectif ; guidé par cet unique principe posé par Schlossmann (24) que l'on doit fournir pleine réparation de tout dommage injuste causé à autrui, il pourra sans doute faire plier la règle juridique devant les faits et satisfaire pour l'avenir les aspirations d'équité ; mais de cette manière le droit perd aussi toute sa vertu propre de détermination et de sûreté. Si cette doctrine dépasse peut-être les limites de la réaction nécessaire contre l'ancienne dogmatique doctrinale, en même temps elle élève contre elle le réquisitoire le plus décisif. Au regret de Laurent, les principes sur lesquels le Code s'appuie ne sont souvent que des « demi-principes » ; mais le rationalisme moderne a su entraîner les auteurs plus loin : à des règles qui leur paraissent seules conformes à la raison, ils sacrifient hâtivement ces solutions traditionnelles qu'une expérience déjà longue avait reconnues décisives pour la sécurité sociale. « Que deviendrait la science du droit, demande Laurent, si elle cessait d'être logique ? » Mais que deviendraient aussi les relations si délicates de la vie sociale, que l'on entreprendrait de gouverner ainsi à coup de principes ? Les hommes devraient-ils toujours attendre, pour entrer en rapports, que tous les risques se soient dissipés, et veut-on les contraindre à l'immobilité la plus complète ? Est-ce qu'il n'y a pas d'ailleurs dans toute société des erreurs fatales, des croyances générales bien établies dont il ne faudrait ainsi jamais tenir compte ? Il y a le doute et l'incertitude dans les faits, et en regard on veut affirmer la logique et l'absolutisme dans les règles. La meilleure partie du « fidéisme » a été de bien mettre en lumière comment tous ces principes, laborieusement échafaudés, pourraient gravement nuire à la bonne marche des relations humaines,

(24) *Der Vertrag*, Leipzig, 1876, p. 76, 336.

alors qu'on ne peut indéfiniment s'informer et attendre, qu'il faut agir et qu'on a de justes sujets de croire, que l'erreur est générale ou même invincible ; alors dans les exceptions les plus graves, l'ancienne maxime : *error communis facit jus*, peut parfois être salutaire, et tous les systèmes juridiques tempérés lui ont accordé une place, si petite fût-elle (25). Seuls, les juristes de l'école du droit naturel l'écartent avec vigilance de leurs dogmes « rationnels » ; c'est qu'ils croient enserrer dans leurs formules « l'expression de la vérité éternelle » (26) ; et l'assimilation de l'erreur, même universelle, à la vérité, ruinerait à leurs yeux la base de l'ordre moral.

D'un autre côté on peut craindre que la nouvelle doctrine, dans sa tenue trop objective, ne comporte plus aucun frein à la considération des dommages, et ne nous conduise à écouter indéfiniment les plaintes de la victime. Sans doute nous ne pensons pas que le droit putatif rencontre un obstacle insurmontable dans le dogme de l'inexis-

(25) Comp. l'application de cette formule aux actes des incapables (L. Crémieu, De la validité des actes accomplis par l'héritier apparent, *Rev. trim.*, IX, 1910, p. 60) ou des représentants, tuteur putatif, etc... (Aubry et Rau, I, § 115, n. 11, p. 729 ss. — V. sur les formules générales, A. Loniewsky, Essai sur le rôle actuel de la maxime *error communis facit jus*, Th. Aix, 1903, p. 108 ss. — Il existe une tendance inverse qui veut expliquer la disparition du droit du précédent titulaire par sa responsabilité, rattachée à une faute d'omission (Jozon, Aliénations consenties par l'héritier apparent, *Rev. prat.*, XIV, 1862), ou dans une terminologie plus moderne, à un « risque créé » par son inaction pour le crédit public (G. Morin, La sécurité des tiers dans les transactions immobilières et la maxime *error communis facit jus*, *Ann. des fac. de droit et des lettres d'Aix*, 1906.2. 26 ; R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, Th. (Dijon) Paris, 1909, p. 639 ss., 648 ss. ; L. Crémieu, *loc. cit.*, et la réponse de M. E. Lévy).

(26) Laurent, II, n^{os} 441 s. ; XIII, n^o 280.

tence, tel que le comprennent les auteurs classiques ; mais, quelles que soient les exigences du crédit, il reste certaines surprises contre lesquelles nulle protection n'est possible. Si l'on admet avec le paragraphe 794 du Code civil allemand que le souscripteur d'un titre au porteur sera obligé par le seul fait de sa souscription au paiement de la somme inscrite sur ce titre, même s'il a été mis en circulation contre son gré ou à son insu (27), on ne peut cependant en venir, s'il s'agit d'un titre falsifié, à tenir pour obligé celui dont la signature est contrefaite (28). Cependant la conduite des tiers a pu être conforme à une diligence aussi stricte ; pourquoi donc là encore leurs croyances, aussi légitimes, aussi trompées, ne leur constituent-elles pas des droits acquis ? C'est qu'il faut que des faits ou des actes interviennent pour mettre en mouvement la sanction obligatoire qui se trouve en elles. M. Hauriou (29) dit très heureusement : « Ainsi les nécessités du commerce juridique, ou les exigences des situations sociales..... peuvent être matrices de droits, mais pour en engendrer elles ont besoin d'être fécondées par un fait individuel ; admettre qu'à elles seules elles engendrent des droits serait admettre une sorte de parthénogénèse. »

B. — *Le principe de causalité, le risque créé.*

La doctrine dominante affirme l'insuffisance de la notion de faute, mais s'en tient à la recherche de la condi-

(27) *Contrà* : Req., 4 juin 1878, S. 79.1.36.

(28) Sauf négligence de sa part comme s'agissant d'un chèque faux détourné d'un carnet mal gardé (Thaller, n° 1477). — V. cep. C. Cézard-Bru et G. Morin, La faute, le risque, l'abus du droit, *Ann. de la Fac. de dr. et des lettres d'Aix*, 2, 1906, p. 76 ss.

(29) La déclaration de volonté en dr. adm. fr., *Rev. trim.*, II, 1903, note, p. 561.

tion de l'auteur du dommage : par là, un vaste champ est ouvert à la libre recherche scientifique en vue de découvrir l'essence de la responsabilité.

Regelsberger, ayant abandonné le concept de garantie conventionnelle, discuta la valeur de la règle de droit qui veut que l'on réponde seulement du dommage causé par sa faute, et se déclarait favorable à une nouvelle conception selon laquelle on répondrait du dommage causé par son simple fait ; et il retrouvait les traces de cette idée dans l'ancien droit germanique (1). Le problème fut transporté sur le terrain du droit romain, et on proposa de lire littéralement nos textes relatifs à l'impossibilité objective ; aucune allusion n'y est faite à une faute quelconque du vendeur ; c'est Ihering qui y a introduit cet élément et seulement dans le but de justifier une généralisation, mais en vérité l'affirmation d'une *culpa* ne justifierait pas plus que sa négation n'infirmait une généralisation des cas prévus dans les textes (2). La règle : pas de responsabilité sans faute, n'a jamais été absolue en matière extra-contractuelle : les Romains ont connu diverses hypothèses de responsabilité purement causale : *actio de effusis et dejectis*, *cautio damni infecti*, etc. ; et, quelle que soit l'origine historique de ces institutions, nous apercevons que le droit romain, comme tout autre système juridique, a eu un droit de la responsabilité objective développé selon le milieu social. Seulement il faut reconnaître qu'on ne trouve là aucun principe général, mais au contraire des dispositions isolées, une casuistique volontairement étroite.

Le principe de la responsabilité pour faute est une base

(1) Dans le *Handbuch des Handelsrechts* d'Endemann, II, p. 414.

(2) Melliger, *op. cit.*, p. 120.

sûre dans notre droit positif et correspond d'autre part au « droit juste » (3). Mais la responsabilité ne dépasse-t-elle pas la faute ? On a dit parfois qu'il n'y avait là qu'un élément pénal dont la survivance dans la doctrine moderne devait être tenue pour surannée (4). Et l'existence du dommage serait bien l'élément décisif de la responsabilité civile, puisque la personne qui agit fautivement, mais ne cause accidentellement aucun dommage, reste irresponsable. D'autre part il est certain que les nécessités sociales imposent dans certaines hypothèses l'existence de responsabilités sans faute ; même l'établissement de présomptions de faute ne serait pas suffisant et on ne saurait se contenter d'une interversion de la charge de la preuve. Maintenant quel rapport établir entre les hypothèses de responsabilité sans faute et le principe de la faute ? N'est-ce pas peut-être un point de vue superficiel que celui qui, en présence d'une série d'hypothèses de responsabilité sans faute, s'attacherait à l'élément le plus évidemment nécessaire, la causalité du dommage, pour réaliser la concentration sur cette base ? Il faudrait d'ailleurs que l'on fût déjà certain de l'unité de principe en matière de responsabilité : parce que l'effet, l'obligation à réparation, est commun, on conclut hâtivement que la cause doit être la même ; mais cependant un même effet peut résulter de causes différentes (5).

Si l'on veut dire que la conduite de l'auteur est absolument irrelevante et qu'en toute hypothèse la victime pré-

(3) Brock, *op. cit.*, p. 176.

(4) Saleilles, *Les accidents du travail et la responsabilité civile*, Paris, 1897, p. 4. — Mais, comme on le verra, le principe de la peine privée ne paraît pas aussi complètement abandonné. — (Comp. Fr. Gény, Risques et responsabilité, *Rev. trim.*, 1, 1902, p. 812, n. 1.)

(5) Brock, *op. cit.*, p. 177 ss.

sente plus d'intérêt, on retombe dans le paradoxe de la doctrine de la croyance trompée. On ne peut, croyons-nous, déclarer absolument indifférente la condition de l'auteur, que le dommage résulte de son dol, de sa faute ou de son simple fait ; les doctrines nouvelles ont alors renversé les solutions dominantes de la manière suivante : le quantum des dommages-intérêts serait variable selon qu'il y eût dol, négligence ou cas fortuit (6) ; et le lien de causalité, au lieu de servir comme mesure de l'étendue de la réparation, serait la base même de l'action. Un tel changement dans le rapport des concepts de cause et de faute crée de nouvelles difficultés : sans doute la distinction de ces deux notions est obligatoire et élémentaire parce que le problème de causalité relève, a-t-on dit, de la logique, tandis que c'est à la morale qu'il faut faire appel pour examiner le caractère répréhensible de l'acte ou de l'inaction qui est à la base du dommage, pour voir si l'on y retrouve cette violation des devoirs généraux qu'un homme diligent n'eût pas commise (7). Or si la définition de la faute est peu claire et délicate, celle du lien de causalité est encore plus ardue ; et, s'il ne peut être absolument ignoré de la doctrine classique, le problème de la relation de cause à effet (*Kausalzusammenhang*) ne s'y impose pas au premier plan.

Au contraire, selon le *Verursachungsprinzip*, il faut aussitôt se demander quand le fait antécédent sera réelle-

(6) Saleilles, *op. cit.*, p. 65, 85 ; M. Teisseire, *Essai d'une théorie générale sur le fondement de la responsabilité*, Th. Aix, 1901, p. 178 ss., 235 ; L. Hugueney, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, Th. Dijon, 1904, p. 251 ss.

(7) R. Guex, *La relation de cause à effet dans les obligations extra-contractuelles*, Diss. Lausanne, 1904, p. 19 ss.

ment la cause du dommage conséquent : quelle est la corrélation exigée, quelle est l'étendue du lien ? De la manière dont on le fixe dépendra le degré d'étendue de la responsabilité ; faudra-t-il avoir posé toutes les conditions indispensables à la production de l'effet ? Suffira-t-il d'en avoir posé une seule ? et si l'on fait un choix, quelle en sera la règle directrice ? S'attachera-t-on aux conditions les plus immédiates, ou les plus considérables ? Ainsi l'offrant a fixé tel délai d'acceptation, et l'acceptant lui répond par lettre dans des circonstances telles qu'il peut légitimement compter que sa réponse arrivera avant la fin du délai ; puis il commence l'exécution du contrat, refuse d'autres offres ; mais, par une erreur de l'administration des postes, la lettre s'égare et n'arrive que longtemps après l'expiration du délai à l'offrant. Celui-ci qui a cru cette offre abandonnée, a passé contrat avec d'autres personnes ; cette acceptation tardive ne peut lui agréer et il a le droit de la méconnaître. S'il ne prévient pas l'acceptant du retard, on admet volontiers qu'il sera responsable du dommage, qui pourra avoir été causé par suite de ce manquement à une règle générale du bon commerce (8). Mais nous supposons qu'il n'a pas négligé de remplir cette obligation : une notification, même aussitôt expédiée, est elle-même tardive et l'acceptant en toute confiance a pu engager des dépenses assez étendues. S'il était exact que celui qui prend l'initiative du contrat soit responsable du dommage causé par sa non-formation, il faudrait, pour dénier l'obligation à réparation, dire que l'offrant n'a pas

(8) Valéry, *op. cit.*, n^{os} 202 ss. — Le Code civil allemand (§ 149) tient alors le contrat pour conclu, si l'auteur de l'offre a dû reconnaître que l'expédition avait été faite régulièrement et que l'acceptation devait parvenir en temps utile.

posé la condition essentielle du préjudice ; or, s'il a employé le télégraphe pour correspondre et qu'un retard ait lieu dans la transmission de la déclaration, les mêmes auteurs déclareront que c'est son fait initial qui a causé le dommage (9).

En investissant le principe de causalité de ce rôle fondamental, on aiguille peut-être le droit dans une direction métaphysique périlleuse, car si l'on ne s'arrête pas à la cause immédiate, on se perdra dans la chaîne des causes des causes. Selon une formule connue, chacun ne doit répondre du dommage qu'il cause que dans la mesure où il le cause (10) ; mais d'abord la cause est-elle bien un élément quantitatif et mesurable ? On se la représente plutôt comme une condition nécessaire d'existence, et là où elle est absente l'effet tout entier s'évanouit. Si l'on fait allusion à une concurrence des causes pour répartir la responsabilité, il n'est pas sûr que le droit ne s'attache pas plus souvent à la valeur qualitative des conditions du dommage, celle qui paraît décisive excluant toutes les autres pour fixer le droit à réparation. La doctrine causaliste tente, de son strict point de vue, d'expliquer la graduation de la réparation, la responsabilité devant augmenter à mesure que l'influence du fait devient plus grande sur le dommage ; une relation tout à fait directe s'établirait, dit-on, dans le cas de faute intentionnelle : le dommage serait l'œuvre unique du coupable et on ne saurait parler d'une initiative, d'un fait quelconque de la victime, complètement

(9) V. *infra*, p. 116, n. 33.

(10) Teisseire, *op. cit.*, p. 156 ss. — Mais V. les tendances du Reichsgericht sur le paragraphe 254 du Code civil allemand, lequel proportionne la responsabilité, au cas de concurrence de fautes, à l'importance causale des actions, exposées dans Guex, *op. cit.*, p. 167.

absorbé par le fait du grand responsable (11). En réalité, nous voyons que le Code civil allemand (§§ 179, 307) a admis qu'une simple faute de l'autre partie pouvait annuler l'effet d'un dol du co-contractant ; et même, selon le paragraphe 122, une négligence légère pourrait enlever le droit à réparation alors qu'une faute considérable ne supprimerait pas encore le droit à l'annulation. Ces solutions sont-elles critiquables (12) ? Mais nous avons montré que, contre un incapable, spécialement, une vigilance encore plus considérable était requise. Ainsi déjà des éléments subjectifs reparaissent.

Et cela est nécessaire parce que les seuls dommages dont nous puissions demander compte à autrui sont des dommages injustement soufferts. D'une causalité mécanique, nous ne voyons rien qui rende intelligible une conclusion à la responsabilité ; on dit d'une manière très vague que toute individualité doit répondre de ce qui émane d'elle (13) ; mais à ce principe, d'un fatalisme

(11) Teisseire, *op. cit.*, p. 178 ss. ; p. 181, n. 1 : « La faute intentionnelle est le cas le plus net d'appropriation d'une activité par une autre. »

(12) Melliger, *op. cit.*, 2^e édit., p. 91 ss. ; mais V. Brock, *op. cit.*, p. 204 ; Hölder (der allgemeine Teil des deutschen Zivilgesetzentwurfs in 2^e Lesung, *Arch. f. d. civ. Praxis*, t. 80, p. 41) avait déjà critiqué sur ce point le paragraphe 97 du 2^e projet ; Cohn (Untersuchungen zu § 254 des B. G. B., *Beitr. zur Erläut. des deutschen Rechts*, t. 43, p. 407) a noté également que le paragraphe 254 du Code civil allemand concernant la concurrence des causes ne pouvait s'appliquer aux hypothèses d'intérêt négatif visées par les paragraphes 122, 179, 307.

(13) G. Venezian, *Danni e risarcimento fuori di contratto*, p. 71, 308 (cité par F. C. Gabba, *Il danno incolpevole*, *Nuove quest. di dir. civ.*, Turin, I, 1905, p. 267 ss., qui s'efforce de limiter l'application de ces formules).

désolant (14), les objections surabondent : dans la concurrence vitale, tous nos actes ont pour résultat de causer un dommage à autrui. On croit maintenant avoir trouvé une limitation heureuse en exigeant qu'il s'agisse d'un fait volontaire ; on parle d'une « adaptation de la volonté au dommage causé », et on se félicite d'avoir dépassé le point de vue du simple fait matériel ; mais cependant ce n'est pas un retour à la théorie de la faute ; si l'on considère la volonté, c'est « en tant qu'elle est une cause et non en tant qu'elle est fautive » ; la faute n'est qu'un élément du fait qui vient en augmenter ou en diminuer le rôle sans en changer la nature ; l'étendue de la réparation varierait d'ailleurs selon la part de volonté consciente contenue dans la cause (15). Cependant il n'est pas sûr déjà que l'intervention de cet élément nouveau soit très opportune, car il ne permet pas d'expliquer les nouvelles tendances législatives favorables à la responsabilité du dément ; puis, comment comprendre qu'on vienne ici lui attribuer la première place, alors que nous voyons combattre de

(14) N. Coviello, La responsabilità senza colpa, *Riv. it. per le sc giur.*, XXIII, 1897, p. 204.

(15) Teisseire, *op. cit.*, p. 118 ss. ; Sjögren (Zur Lehre von den Formen des Unrechts und den Tatbeständen der Schadensstiftung, *Jahrb. f. Dogm.*, XXXV, p. 343 ss.) repousse aussi les théories qui parlent de la faute ou du dommage ; la faute n'est qu'un élément symptomatique caractérisant l'existence d'une causalité juridiquement relevante ; le caractère spécifique de cette causalité dans laquelle se retrouve l'unité interne de toute responsabilité, est qu'elle a son principe dans la volonté de l'auteur du dommage. Les auteurs remarquent qu'au point de vue des résultats pratiques la différence n'est pas si grande avec la doctrine de la faute, avec le caractère abstrait et générique que Ihering par exemple lui donnait ; Köppen aussi (*loc. cit.*, p. 384) n'établit pas une différence sensible entre la *culpa* et la *causa* : « die culpa des Irrenden liegt darin, dass er den Schaden veranlasst hat ».

plus en plus le rôle qui lui était reconnu dans la détermination et la production des effets de l'acte juridique ? Au moins dans les contrats pouvait-on prétendre que la considération de la volonté est une des directions capitales de la politique législative ; il n'en est rien ici et, si l'on y voit une condition du droit positif, elle ne peut en aucune manière fournir la *ratio legis*. Tout au contraire, les tendances nouvelles ne peuvent que diminuer son influence : capacité de discerner, nécessité de prévoir, obligation d'éviter le dommage, tout cela fournissait les cadres d'une construction puissante ; on abandonne un ou plusieurs de ces éléments et la position de la volonté en ressort nécessairement amoindrie.

Sans doute craint-on de ne pas trouver un principe suffisamment vaste pour comprendre toutes les hypothèses ; dans les nuances si ténues de la vie sociale, les formules nouvelles paraissent alors susceptibles d'équivoque, sans que cela nous autorise à méconnaître les nouvelles formes des conflits d'intérêts dans les temps nouveaux. De plus en plus, des actes, pour être créateurs de dommages, n'en sont pas moins devenus indispensables à la prospérité commune et ne peuvent être incriminés comme des fautes ; le développement du machinisme a grandement contribué au développement de ces accidents anonymes, qui ne peuvent être proprement reprochés à personne, mais dont les suites dommageables emportent une rupture de l'équilibre général des intérêts. Ce que les doctrines nouvelles ont alors justement retiré de la responsabilité, c'est l'élément moral qui permettait de critiquer une personne pour n'avoir pas su éviter le dommage ; on rejette ainsi à bon droit une terminologie factice qui, pour concilier les cadres anciens avec la vie, en arrivait à reconnaître des fautes objec-

tives, abstraites, en un mot décolorées. A diverses époques de l'histoire, on avait déjà cherché à confondre la *custodia* avec les soins exigés d'un *diligentissimus paterfamilias* ; mais, dans l'intensité de la circulation économique contemporaine, la *culpa levissima* n'est plus qu'une abstraction sans portée et le *diligentissimus paterfamilias* lui-même un « surhomme », selon le mot de N. Coviello (16). Donc, que l'acte de l'auteur soit reconnu généralement propre à entraîner le dommage selon le cours naturel des choses, selon les possibilités objectives (17), selon les vraisemblances, et de ce dommage, conséquence née de son acte ou de son fait, de son entreprise ou de sa propriété, de sa liberté ou de son droit, il devra assumer la réparation (18). Seul plane au-dessus des lois humaines l'événement qui sort du cours naturel des choses, qui constitue le risque général de l'humanité, la fatalité qui ne rentre pas dans les prévisions normales des hommes : c'est la force majeure, et il faut avoir soin de l'opposer au cas fortuit (19), parce

(16) *Loc. cit.*, p. 198 s.

(17) On rappelle seulement ici la célèbre formule de la « *causalité adéquate* », développée par von Kries, Ueber den Begriff der objektiven Möglichkeit und einige Anwendungen desselben, *Vierteljahrsschrift für wissenschaftliche Philosophie*, XII, 1888, p. 179 ss. ; résumé dans Guex, *op. cit.*, p. 77 ss.

(18) Jung (*Delikt und Schadensverursachung*, 1897, p. 115 ss.) reconnaît aussi comme criterium de la responsabilité le fait que le changement dans le cours ordinaire de la causalité est intervenu par un fait qui emporte avec lui certaines probabilités de lésion. — Le point de vue le plus généralement présenté est celui de la prévisibilité du dommage pour l'auteur et de son anormalité pour la victime : d'où la formule du risque créé. — Comp. encore Blume, *Krit. Viertelj. f. Ges. und Rechtsw.*, XXXVIII, p. 199 ss.

(19) L. Josserand, *De la responsabilité du fait des choses inanimées*, Paris, 1897, p. 120 ss. ; Bourgoïn, *Essai sur la distinction du cas fortuit et de la force majeure*, Th. Lyon, 1902, p. 43 ss. ; Thaller, *op. cit.*,

que dans nos sociétés modernes la maxime : *nemo casum prestat*, ne serait plus, a-t-on dit, qu'une des formes de l'injustice.

D'un examen des intérêts en présence, la réparation des dommages sous sa nouvelle forme apparaît comme une simple relation entre les patrimoines ; dans les grandes entreprises modernes, les personnalités sont reléguées à l'arrière-plan ; il n'y a plus à parler d'une surveillance, qui ne peut être imposée sur des dangers continus ; il y a seulement un passif d'assurance à inscrire au compte de l'exploitation. Dans le conflit des droits engagés, on imposerait à la victime un droit d'une étendue et d'une intensité telles que, sans une obligation corrélative, l'équilibre des relations serait détruit : il y aurait une véritable rupture d'équilibre, parce que, dans les rapports normaux, de pareils dangers n'existent pas. Ce n'est plus là le risque du destin que tout le monde subit en courbant la tête, c'est un risque nouveau créé par l'activité de l'homme. Il y a, à la base des nouvelles formules, une pensée de justice distributive qui aplanit équitablement les difficultés entre les intérêts contradictoires : la corrélation causale oblige à réparer ces lésions causées par l'auteur contre les conditions habituelles de dommage. C'est que les droits ne sont reconnus que dans la mesure où le permet la coexistence sociale et on ne peut s'en servir impunément pour créer de nouveaux risques qui détruiraient l'équilibre général des relations humaines. Unger (20) a construit sur cette base

n° 1198 ; L. Jossierand, La force majeure en matière de transports terrestres, *Ann. de dr. comm.*, XXIII, 1909, n°s 40 ss., p. 366 ss.

(20) Unger, Ueber die legislative Behandlung des wesentlichen Irrtums bei obligatorischen Verträgen, *Zeitschrift f. d. priv. u. öff. Recht d. Geg.*, XV, 1888, p. 673 ss. ; Handeln auf eigene Gefahr, *Jahrb. f. Dogm.*, XXX, N. F., XVIII, p. 366 ss., 382.

un principe général de responsabilité : chacun, dit-il, doit agir à ses propres risques (*Handeln auf eigene Gefahr*) ; serait-il loyal qu'on agisse aux risques des autres ? Celui qui crée le dommage à la recherche de son intérêt personnel, doit aussi le subir (21) ; déjà d'anciens adages exprimaient cette corrélation de l'actif et du passif, du profit et du risque : *cujus commodum, ejus periculum* ; *ubi emolumentum, ibi onus*. Nous devons assurer autrui contre tous les dommages anormaux, tous les risques qui résultent pour lui de notre fait intéressé.

Quoi qu'il en soit, qu'il y ait des hypothèses isolées de responsabilité objective ou qu'on découvre un principe général, il importait de suivre sur notre terrain la répercussion des idées nouvelles, et d'ailleurs la plupart des novateurs ont fait eux-mêmes l'application de leurs formules à la responsabilité précontractuelle (22). Peut-être pouvait-on penser qu'il convient de n'avancer que prudemment sur le domaine de la responsabilité sans faute ; le déplacement du « risque contractuel » (23), comme celui des autres risques, ne s'accomplirait pas à l'improviste,

(21) R. Merkel, *Die Kollision rechtmässiger Interessen und die Schadenersatzpflicht bei rechtmässigen Handlungen*, Strasbourg, 1895, p. 144 ss. ; selon lui, l'obligation à réparation se fonde, non sur la pure causalité, mais sur le fait d'agir et l'intérêt (p. 148) ; celui qui fait valoir ses intérêts doit en faire les frais en corrélation de son bénéfice ; V. p. 160 la formule qu'il propose (principe de l'intérêt actif).

(22) V. par ex. Rümelin, *Die Gründe des Schadenszurechnung und die Stellung des deutschen B. G. B. z. objektiven Schadenersatzpflicht*, Fribourg-en-Brisgau, 1896, p. 55 ; Culpahaftung und Causalhaftung, *Archiv f. d. civ. Praxis*, t. 88, 1898, p. 311. En dehors du droit germanique, V. aussi Saleilles, *op. cit.*, n° 50 ; N. Coviello, *loc. cit.*, p. 200.

(23) Saleilles, *La décl. de vol.*, Préface, p. VIII.

sans péril pour les relations commerciales qu'on entend protéger. Les auteurs ne paraissent pas s'être inspirés toujours de cette réserve.

Que l'expéditeur qui choisit librement un messenger doive répondre du fait de celui-ci, ce n'est guère contestable ; de même on répondra de la fausse traduction d'un interprète. Le fait d'un messenger n'est pas, pour celui qui l'emploie, le fait d'un tiers assimilable à la force majeure : il doit répondre, contrairement à ce que demandait Windscheid (24), même du dommage causé au destinataire par le dol de ce messenger : celui-ci sciemment transmet une déclaration tout autre que celle qui lui a été remise ; il ne suffit pas d'objecter que la déclaration ne peut être opposée à l'expéditeur comme sa propre déclaration de volonté ; en fait elle est bien celle d'une autre personne ; mais le messenger qui transmet une fausse déclaration est strictement le préposé du déclarant, qui doit répondre de ce fait selon l'article 1384 (25). Quant au messenger lui-même, nul doute qu'il ne réponde de son dol, et Thöl croyait même que le destinataire devait se contenter de cette *actio doli* (26) ; Bähr (27) avait soutenu une thèse plus hasardeuse selon laquelle le messenger qui commet une erreur devient par le fait même *procurator* et doit répondre envers les tiers de l'existence du mandat : le contrat serait ainsi considéré comme conclu en la personne du messenger qui ne pourrait renvoyer les tiers au man-

(24) *Pand.*, § 309, n. 7 s.

(25) Les partisans de la théorie contractuelle critiquent toujours l'extension de cet article au domaine de la formation du contrat (Ferrara, *loc. cit.*, p. 417).

(26) Thöl, *Handelsrecht*, I, § 23.

(27) Zur Cessionslehre, *Jahrb. f. Dogm.*, I, 1857, p. 462, n. 161.

dant dans le cas où il a transgressé le mandat. Ihering (28) critique cette thèse injustifiable en théorie et inadmissible en pratique : le messager n'a été regardé comme le contractant par personne et on imposerait un contrat dont personne n'a voulu. Il éprouve des doutes sur une extension au messager de l'*actio legis Aquiliae*, et en définitive se déclare satisfait d'avoir pu admettre la responsabilité de l'expéditeur (29). Dans notre droit, l'article 1382 donne une base assez large, mais l'action contre le messager aurait peu d'importance : une erreur ne sera pas facilement reconnue comme une faute chez celui qui n'a été qu'un instrument matériel de transmission, inconscient de l'acte auquel il a prêté son concours. Nous n'examinerons pas non plus si, selon les principes du droit administratif, une action ne serait pas recevable contre les agents de l'administration des télégraphes pour une transmission altérée ; on doit reconnaître avec M. Valéry que l'action n'aurait qu'un faible intérêt commercial (30).

D'autre part l'action contre l'administration est irrecevable ; et, malgré tout ce qui a été écrit en ce sens, nous ne croyons pas non plus que la responsabilité de l'expéditeur puisse être engagée : il n'existe aucun rapport de préposition qui autorise à appliquer l'article 1384 : le déclarant n'a aucun pouvoir de surveillance contre l'administration, aucune liberté de choix en face de son monopole. Il est vrai que Ihering, appliquant ici sa théorie,

(28) *Op. cit.*, n° 3, p. 6 ss. ; n° 21, p. 48 ; n° 35, p. 75 ss. ; comp., auparavant *Jahrb. f. Dogm.*, I, p. 280 ss.

(29) Sur le concours de l'action de dol contre le messager et l'action en dommages-intérêts négatifs contre l'expéditeur, V. Brock, *op. cit.*, p. 110 ss.

(30) *Op. cit.*, n° 382 ; comp. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, III, n° 24, p. 19.

retrouvait une *culpa* chez l'expéditeur lui-même (31) ; et c'est ce point de vue qui est présenté aussi dans les motifs de la décision du tribunal de Cologne (28 juillet 1856), rendue sur la célèbre dépêche Weiler-Oppenheim, qui voyait dans la télégraphie magnéto-électrique « un moyen de communication plus ou moins inexact et peu sûr », au point que les Etats qui exploitent le service en déclinent toute garantie. Cependant on ne peut plus dire aujourd'hui qu'il s'agisse d'une découverte récente dans ses premiers tâtonnements ; la science a donné à ce moyen de communication une précision suffisante, qui est devenu de la plus haute importance pour le commerce juridique. Nous ne croyons pas non plus qu'on puisse retrouver chez le destinataire la croyance légitime trompée ; tout d'abord, s'il s'agit d'un ordre anormal, le destinataire devra toujours demander la confirmation ; ainsi une maison de banque reçoit l'ordre de vendre des actions de telle société pour 20.000 livres sterling, et elle commence l'exécution de la vente ; mais, surprise de l'énormité de la somme, elle réclame des éclaircissements ; en fait, il ne s'agissait que de 2.000 livres sterling et l'erreur était imputable aux agents de transmission : elle fut jugée irrecevable à se plaindre du dommage causé ; sa confiance n'était pas légitime (32). Mais, s'agissant même d'ordres normaux dans leur contenu, on ne voit pas pourquoi le destinataire aurait le droit d'avoir une confiance plus grande dans le télégraphe que l'expéditeur : si c'est un moyen de relations chanceux et peu sûr, aucun des deux

(31) *Op. cit.*, n° 35, p. 75 ss. ; n° 40, p. 95 ss. — Contre cette opinion, V. par ex. Meili, *das Telegraphenrecht*, Zürich, 1870, p. 100.

(32) *Reichsgericht*, 26 juin 1891, *Entscheidungen des R. G.*, XXVIII, p. 16.

contractants n'a un droit acquis à s'y rapporter absolument.

Cependant on a voulu établir une application de la responsabilité basée sur le simple fait : le dommage souffert se rattache, dit-on, en définitive à un fait de l'expéditeur ; c'est lui qui a envoyé le télégramme ; sans son fait, le dommage n'aurait pas existé et le destinataire est resté étranger à ce fait (33). A la vérité, on peut bien se demander jusqu'à quel point la personnalité de l'expéditeur est engagée, du moment que ce n'est pas la déclaration qu'il a envoyée qui est parvenue. Ce que l'on qualifie : fait de l'expéditeur, est un élément insuffisant, sinon que décider dans l'espèce suivante ? Un télégramme d'acceptation est déposé au bureau du télégraphe, puis annulé avant son envoi par l'expéditeur qui obtient même le remboursement du prix ; mais par une erreur de l'employé le télégramme est ensuite envoyé ; le destinataire pourrait-il se prévaloir du marché conclu ? La jurisprudence se décide à bon droit pour la négative (34). Mais qui ne voit dès lors que la confiance du destinataire doit avoir ses limites ? Comme le note justement M. Thaller (35), un télégramme ne fait pas foi de l'identité de son auteur et peut être une « mystification ».

L'application de la formule du risque créé à notre hypothèse conduit à des conséquences singulières : il faut dire que le déclarant qui se sert du télégraphe et s'en sert donc à ses risques, l'emploie pour son profit ; or on ne voit pas clairement en quoi cet usage vise plus spéciale-

(33) Lyon-Caen et Renault, III, n° 23.

(34) Trib. comm. Marseille, 8 novembre 1901, *J. jurispr. Marseille*, 1902.1.38.

(35) *Op. cit.*, n° 1013, n. 1.

ment la satisfaction de ses intérêts que de ceux de son co-contractant. On en a conclu toutefois qu'il ne serait pas responsable dans le cas où il se serait servi du télégraphe sur la demande expresse de son correspondant, parce qu'il en fait emploi dans l'intérêt de celui-ci qui peut être regardé légitimement comme ayant assumé la garantie du risque (36) ; ainsi dans le cas où on se servirait de la réponse payée pour répondre : non, et que le télégramme remis porterait : oui, le contrat serait exclu sans responsabilité de part ni d'autre. Mais nous croyons que les principes qui ont été dégagés reçoivent ici une application erronée : comme pour tous dommages causés par l'emploi de machines ou dans l'exercice d'une grande industrie, la doctrine du « risque créé » cherche à étendre jusqu'ici son domaine ; seulement elle ne peut atteindre que l'administration : car c'est elle qui fait du télégraphe une source de profits, c'est elle qui devrait en subir les risques (37). Malheureusement l'irresponsabilité administrative est la

(36) Valéry, *op. cit.*, n° 393 ; comp. Trib. comm. Seine, 12 décembre 1862, *Le Droit*, 24 décembre 1862. — Pour des contractants en relations habituelles d'affaires et qui correspondent ordinairement par télégramme, Legros (*op. cit.*, p. 273) trouve équitable de leur faire supporter le dommage par moitié. Mais nous cherchons des solutions de droit et non des expédients d'équité ; d'ailleurs ces dommages, créés par le commerce, se guériront le plus souvent par le commerce lui-même, et en fait il pourra y avoir compensation finale des risques.

(37) En face de la responsabilité des Compagnies privées aux Etats-Unis, la solution dont bénéficie l'administration ne sera pas très appréciée ; on doit réclamer énergiquement la constitution d'un fonds de garantie ; que les erreurs et retards ne lui soient pas imputables à faute en général, cela n'a aucune importance selon les principes rappelés plus haut ; comp. Lyon-Caen et Renault, III, n° 24 ; Berthélemy, *Tr. élém. de dr. adm.*, 2^e éd., Paris, 1902, p. 627, n. 1 ; p. 675, n. 3 ; p. 679.

loi ; les erreurs de l'administration resteront donc irréparables : c'est pour les contractants le fait d'un tiers, un véritable cas de force majeure, et l'incidence du dommage causé dans les rapports privés ne peut être déplacée sans arbitraire.

Ainsi que nous l'avons dit, il y a, à la base de l'opinion contraire, une appréciation trop lâche du lien de causalité : on fait répondre l'expéditeur sous ce prétexte qu'il est au moins la « cause indirecte » du dommage (38). Dans cette voie il sera tenu à la limite même du dommage résultant de la force majeure, et c'est bien la solution à laquelle a abouti le Code civil allemand, § 122 ; le deuxième projet, conforme à l'opinion de Windscheid, admettait encore l'irresponsabilité pour un risque purement naturel, s'agissant par exemple de perturbations dans les courants électriques ayant occasionné des erreurs de transmission dans les télégrammes ; mais du moment que le fait initial de l'expéditeur suffit pour qu'on conclue à sa responsabilité, cette limitation était sans portée : aussi la commission du Reichstag la fit rejeter (39).

Nous restreignons davantage le domaine de la responsabilité objective ; elle peut nous conduire peut-être à admettre la responsabilité de l'expéditeur pour son propre fait, lorsqu'il a lui-même commis une erreur d'adresse et que le destinataire ne pouvait d'ailleurs s'en apercevoir ; ou du fait de ses préposés, selon l'article 1184, alors même, croyons-nous, que ces intermédiaires ont transmis une déclaration tout autre que celle qui leur fut remise. Mais au regard de la position juridique spéciale de l'administration, nous pensons avec M. Valéry que l'expéditeur

(38) Legros, *op. cit.*, p. 241.

(39) Saleilles, *op. cit.*, § 122, n

n'a pas à répondre purement et simplement du dommage résultant du fait de celle-ci ; on devra relever à sa charge personnelle une faute déterminée ; les tribunaux auront, comme toujours, une grande liberté d'appréciation (40). On s'est demandé cependant si on ne devait pas voir une négligence dans le fait de n'avoir pas demandé le collationnement de la dépêche, comme on pourrait peut-être le croire à la lecture de certaines lois étrangères (41) ; en fait il semble bien que le public, surtout soucieux du bon marché, néglige cette précaution qui dépasserait ainsi les exigences de la conduite normale en affaires. On a relevé diverses hypothèses de faute, peut-être légère, comme celle de l'expéditeur qui aurait occasionné l'erreur en écrivant en chiffres et non en lettres (42) ; ou qui aurait omis d'indiquer le département où se trouve le lieu de destination, alors que la dépêche expédiée dans une autre direction a subi un grave retard de transmission qui en a fait une acceptation tardive (43). Quelles que soient les divergences d'application, il semble que notre jurisprudence (44) en cette matière n'accepte pas que l'expéditeur ait à répondre du dommage qui résulte du fait de l'administration.

(40) Valéry, *op. cit.*, n^{os} 391 s.

(41) Co. ital., 46 ; Co. port., 97 ; Co. roum., 48.

(42) Valéry, *op. cit.*, n^o 395, sur Trib. Charleroi, 22 février 1875, *Pas.*, 75.3.221, *J. du dr. int. pr.*, 1875, p. 309.

(43) Tr. com. Seine, 12 décembre 1862, cité *supra* : dans le mot Melle, l'employé avait lu une abréviation de Marseille : la réponse qui devait parvenir à midi, envoyée à 10 h. 1/2, n'arriva qu'à 7 heures du soir.

(44) Amiens, 11 mai 1854, D. 59.2.147, S. 55.2.186 ; Lyon, 27 juin 1867, D. 67.2.193, S. 68.2.182.

IV

LES FORMES DE LA RESPONSABILITÉ PRÉCONTRACTUELLE. L'ABUS DE DROITS.

Dans la doctrine contemporaine, l'ancien dogme de l'incompatibilité de la faute et du droit a perdu presque tout crédit. Les auteurs modernes admettent sans difficultés que l'usage d'un droit peut devenir abusif ; mais à quel point doit-on reconnaître l'abus ? Mal éclairés sur la portée du nouveau principe, les premiers jurisconsultes s'arrêtaient au critérium tiré de l'intention de nuire, qu'ils regardaient comme au plus haut degré intolérable dans les rapports sociaux ; mais cette intention n'est pas fréquente ; l'auteur du dommage ne recherche pas en général, ni exclusivement, ni même principalement une satisfaction d'amour-propre ; il s'attache par-dessus tout à l'obtention d'un profit personnel : de ce fait sa conduite ne pourrait être que rarement critiquée (1). La doctrine qui a triomphé avec l'ouvrage de M. Josserand (2) marque plus de précision : tous les droits nous sont concédés avec une certaine destination, ils ont un but défini ; chaque institution juridique emporte avec elle son origine et sa destinée ; créée pour satisfaire un besoin déterminé dans l'ordre économique ou social, elle doit être appliquée à cette tâche, et il n'est pas au pouvoir du sujet de droit de

(1) Comp. Saleilles, *Bull. Soc. Et. lég.*, IV, 1905, p. 345.

(2) L. Josserand, *De l'abus des droits*, Paris, 1905, p. 56.

la faire dériver vers la satisfaction d'autres buts sans que l'ordre juridique s'y prête ; or le droit objectif ne saurait admettre que les moyens de droit offerts par lui d'une manière générique pour l'obtention de buts conformes à l'intérêt social soient utilisés de telle manière qu'ils appelleraient sa sanction vers une direction toute opposée. Il est des buts « qui ne sont pas ceux du commerce juridique (3) », ce qui signifie que le droit doit exiger chez les activités individuelles une intention conforme à son idéal ; et le juge, placé pour leur traduire cet idéal, doit leur imposer ce principe d'action que toutes leurs convenances, tous leurs désirs, tous leurs intérêts, tous leurs besoins, au regard du droit, ne sont pas indifféremment légitimes, que les voies juridiques ne sont ouvertes que pour la satisfaction de certains buts normaux, que celui qui s'y engage avec d'autres intentions et croit trouver une sanction sociale assurée à ses prétentions, ne sera pas accueilli. Ou oserait-on dire que l'intention juridique exclurait l'illégalité ? Alors, tout en se gardant des formes d'emprise trop brutales sur le droit d'autrui, on parviendrait, par des moyens de droit plus habiles, à réaliser des fins également inavouables. Il faut empêcher qu'on puisse pervertir ou même bafouer l'idée de justice, comme cela serait si l'on pouvait appeler le droit à l'aide dans la poursuite d'un but réprouvé.

Ainsi l'abus, c'est l'usage dans une direction illégitime. Et cet abus peut exister dans l'exercice d'un droit défini comme dans celui de la liberté générale ; on a d'ailleurs très bien noté la difficulté d'une séparation tranchée de ces droits spéciaux et de cette liberté générale, qui dans

(3) Hauriou, note S. 1905, 3.17.

nos sociétés modernes constitue le droit par excellence (4) ; notre matière en fournit un nouvel exemple ; mais quel que nom que l'on donne à la liberté contractuelle, c'est-à-dire à la liberté de contracter, ou de ne pas contracter, ou de contracter à certaines conditions, elle est sûrement susceptible d'abus. L'examen des diverses hypothèses sera une application et une confirmation de la théorie générale.

**§ 1. — Refus de contracter et rupture de pourparlers
sans motifs légitimes.**

I. — Refus de contracter sans motifs légitimes.

On doit d'abord éclairer la conception, qui pourrait être spécieuse, de la liberté contractuelle ; elle n'a qu'une portée relative, parce qu'il ne faudrait pas croire que les hommes, dans leurs rapports sociaux, sont entièrement libres de passer ou non des contrats, de créer ainsi des obligations et des droits nouveaux au lieu de rester dans le régime de droit général correspondant à leur situation dans la société. Prise à la lettre, une pareille formule ne conviendrait qu'aux époques primitives, à l'économie domestique des premiers âges, alors que la famille constitue la cellule économique (*Hauswirtschaft*), la seule force d'association à l'intérieur de laquelle se répartit le travail, qui règle sans échanges l'équilibre de la production et de la consommation, et dans laquelle enfin les rapports sont arbitrés d'une manière préfixe par la coutume. Très rares sont les actes juridiques : le groupe ne communique avec le dehors que pour certains produits exotiques qui ne peuvent être obtenus faute de ressources

(4) Jossierand, *op. cit.*, p. 71.

naturelles ; et les difficultés et les formes dont l'aliénation est entourée montrent à quel point le travailleur s'attache à cette époque au produit de son travail ; d'ailleurs le commerce se fait avec un étranger, donc un ennemi. Mais la trêve des groupes hostiles devient toujours plus durable, et ce stade économique est enfin dépassé grâce au régime d'Etat. Nous sommes aujourd'hui dans une période de division du travail très accentuée, d'échanges intenses ; notre existence de chaque jour est un commerce incessant, offre et demande, pour notre production et notre consommation ; les contrats se sont multipliés au point de constituer, a-t-on dit (1), « la trame de notre vie quotidienne » ; et si je ne peux plus contracter, je ne peux plus vivre. L'engagement par contrat est aujourd'hui la plus impérieuse condition de notre développement ; il faut donc exactement renverser la proposition générale et dire : nous sommes obligés de contracter, pour rentrer dans la vérité économique moderne. Et toutes les coalitions, toutes les mises à l'index, tous les boycottages attestent précisément l'intention de réduire une personnalité d'affaires en organisant autour d'elle l'abstention du contrat.

La philosophie libérale développe le principe de la liberté contractuelle dans le domaine du droit en corrélation avec celui de la concurrence dans le régime d'économie et s'attache, en rendant ces deux concepts solidaires, à les réaliser le plus absolument possible. Et alors n'est-il pas exact de dire que nous sommes toujours libres de refuser un contrat, et que par là nous ne lésons jamais aucun droit, puisque la partie repoussée conserve toujours la ressource de s'adresser à une autre personne ? Il n'y aurait

(1) Brissaud, *op. cit.*, II, p. 1337.

de refus abusif possible que venant du titulaire d'un monopole. Or, on doit remarquer qu'en concédant un monopole ou au moins une situation très privilégiée, par exemple aux officiers ministériels ou aux Compagnies de chemins de fer (2), la loi elle-même a fixé par des tarifs leurs conditions contractuelles et l'adhésion de toute personne qui se présente pour réclamer leurs services leur donne déjà un droit à l'exécution (3). S'il s'agit d'un monopole de fait existant en dehors des pouvoirs publics, la situation n'est pas le plus souvent très différente ; on prévoit l'hypothèse d'un voiturier qui serait seul dans une commune à se charger du service des transports ; en général, il a fait connaître ses tarifs ; il y a ainsi offre de sa part et toute personne qui lui remet un objet à transporter a déjà conclu le contrat par son acceptation : le refus du transporteur serait un refus d'exécution (4). Toutefois il est

(2) Pour les notaires, L. 25 vent. an XI, 3 ; pour les Compagnies de chemins de fer, art. 49 du cahier des charges, art. 50 de l'ord. 15 nov. 1846, et art. 50 du D. 1^{er} mars 1901 (sur leur situation à ce point de vue, Lyon-Caen et Renault, III, n^{os} 720, 771) ; V. d'autres hypothèses dans R. L. Morel, Du refus de contracter opposé en raison de considérations personnelles, *Rev. trim.*, VII, 1908, p. 289 s. ; il cite par exemple les exploitants de magasins généraux, établissements soumis à l'autorisation (D. 12 mars 1859, art. 6). Rappelons aussi que les avocats sont libres de refuser leur ministère, sauf cependant s'ils sont nommés d'office (E. Garsonnet, *Tr. théor. et prat. de procédure*, 2^e éd., Paris, 1898, I, n^o 249, p. 414 ss. ; et pour les officiers ministériels, n^o 226, p. 383).

(3) Les loueurs ou cochers de voitures de place ne peuvent refuser de marcher au prix du tarif (Ord. pol. 23 juillet 1883, art. 4) ; et le fait de stationner sur une place à ce destinée constitue de la part du conducteur de voiture publique une offre à tout venant ; le voyageur peut donc s'introduire dans cette voiture sans qu'il y ait là une voie de fait qui autorise le cocher à user de violence pour l'en faire sortir ; le cocher répondra au contraire du préjudice causé (Trib. paix 14^e arrond. Paris, 5 janvier 1882, D. 82 3.110).

(4) Aubry et Rau, *op. cit.*, § 373, n. 24 et les arrêts cités, notam-

possible que les annonces ou les affiches de l'entreprise ne mentionnent pas les prix du transport (5) ; alors il n'y aurait pas encore offre parfaite de la part du transporteur, mais seulement une invitation au public à faire des offres ; cependant, s'il n'y avait pas de concurrent, il ne pourrait, croyons-nous, abuser de sa situation pour refuser de conclure un contrat sans motifs légitimes.

Il y a d'assez nombreuses hypothèses de ce genre, notamment en ce qui concerne les entreprises de spectacles détenant une sorte de monopole (6), ou encore pour des

ment Cass. civ., 3 décembre 1867, S. 68.1.193, D. 67.1.471 ; V. encore Bruxelles, 19 novembre 1900, D. 1902.2.356 ; Trib. Périgueux, 26 août 1879, D. 81.3 84 ; Bordeaux, 8 mars 1881, D. 82.2.208. — Il peut y avoir des motifs légitimes à un refus : Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, III, n° 563, p. 495, cite le cas de marchandises dangereuses, emballage défectueux ; plus délicat est le cas d'encombrement du matériel.

(5) Req., 3 janvier 1882, S. 82.1.107, D. 83.1.105 : dans cette espèce, il y avait concurrence ; la Compagnie de transports maritimes n'avait pas indiqué le taux du fret, comme restant soumis à la discussion des parties, aux chances de hausse et de baisse, aux variations de la concurrence.

(6) V. pour un concert-gala donné dans un casino qui a annoncé le concert, abonnements suspendus, à un prix d'entrée déterminé, et ne peut sans motifs légitimes refuser l'entrée au porteur d'une carte payée au bureau, Trib. comm. Bruges, 25 décembre 1891, S. 93.4.23. Ainsi surtout d'un casino concédé qui fut créé sur un terrain communal dans l'intérêt général, alors que la ville s'est interdit de fonder des établissements analogues, Trib. comm. Nice, 2 janvier 1893, D. 96.1.449, S. 93.2.193 et note Labbé ; Aix, 16 juillet 1894, S. 95.2.207, D. 96.1.450 ; Cass., 19 février 1896, D. 96.1.449, S. 96.1.144 : l'administration du casino ne trouve pas un motif plausible dans ce fait que le porteur du billet a été révoqué par une administration antérieure comme musicien de ce casino. Les tribunaux refusent au titulaire d'un établissement privilégié le droit de vexation ; V. Trib. comm. Seine, 27 février 1837, *Gaz. Trib.*, 13 octobre 1837 : dans l'espèce, le directeur de l'Opéra-Comique voulait interdire l'entrée à un éditeur et critique, sous prétexte qu'il avait

industries de première nécessité, comme celles sujettes à la taxe, pour lesquelles on invoque des raisons d'humanité (7). Mais en dehors de là, le principe de la liberté du commerce et de l'industrie doit être souverain : sans doute, si le commerçant a formulé une offre précise, par exemple en mettant en montre un objet avec indication de prix, il suffit qu'une autre personne déclare qu'elle entend conclure le contrat pour qu'il ne puisse plus refuser son concours. Mais dans la situation générale où le commerçant a seulement invité le public à lui adresser des offres de contrat, il peut les refuser sans avoir à rendre compte de ses raisons ; et tandis que l'ordonnance du 20 janvier 1563, aujourd'hui abrogée, défendait aux hôteliers de renvoyer leurs voyageurs sans motifs légitimes, il devrait être admis dans l'ordre économique actuel que le propriétaire d'un hôtel ou d'un café aurait le droit d'interdire à toute personne, d'une manière absolue, l'accès de son établisse-

acheté sa place à un marchand de billets et que les ordonnances de la préfecture de police interdisent ce trafic.

(7) Dans les villages où il n'y a qu'un boulanger et un boucher qui doivent être suffisamment approvisionnés pour les besoins des lieux, ils ne peuvent refuser de vendre sans motif légitime ; là où le régime de la taxe est imposé, non seulement ils ne peuvent transgresser la taxe, mais ils ne peuvent refuser de vendre au prix de la taxe (Cass. crim., 13 août 1847, D. 47.4.48 ; 12 mai 1854, D. 54.1.208). De même l'administration d'un établissement d'eaux thermales ne peut refuser l'usage des eaux à un malade, à moins de motifs dont la légitimité doit être judiciairement constatée ; l'article 8 de l'ord. 18 juin 1823 a affirmé le libre usage des eaux ; V. Caen, 12 juin 1869, *Rec. de Caen*, 69.135 ; D., *Rép.*, V° *Industrie et commerce*, *Suppl.*, n° 139. — Sur un mobile légitime chez un commerçant taxé (droit du chef de famille d'assurer le respect de son domicile), Cass. crim., 11 janvier 1889, D. 89.1.222 ; V. encore Trib. Seine, 12 décembre 1893, *Gaz. Pal.*, 94.1.93 ; Trib. police Ennezat, 1^{er} octobre 1897, S. 98.2.223.

ment (8). De même un commerçant pourrait interdire à quiconque l'entrée de son magasin, à moins peut-être qu'il ne s'agisse encore d'un grand magasin, pour lequel aurait été fixée, d'une manière générale, « l'entrée libre ». Le principe de liberté nous donne le libre choix, mais nous oblige à le reconnaître chez notre co-contractant ; et par une véritable « harmonie économique », il se trouve que la concurrence elle-même nous garantira contre des refus abusifs trop contraires à l'intérêt véritable du commerçant.

Un grave problème, issu du développement récent de l'économie industrielle, paraît avoir entraîné un certain changement d'orientation dans les idées. La liberté syndicale établie par la loi du 21 mars 1884 soulève des difficultés toujours croissantes, et ne paraît pas vouloir s'implanter dans nos mœurs ni chez les ouvriers ni non plus chez les patrons : les ouvriers syndiqués cherchent à évincer les non-syndiqués du marché du travail ; de leur côté, les patrons refusent d'admettre dans leurs usines les membres des groupements ouvriers, et même renvoient ceux de leurs salariés qui, en cours d'engagement, seraient entrés dans un syndicat (9) ; s'il y a dans ce dernier fait un abus du droit de congé (C. civ., art. 1780, mod. L.

(8) Cass. crim., 4 août 1846, D. 46.4.354 ; 2 juillet 1857, D. 57.1.376 ; 3 octobre 1857, D. 57.1.452 (droit de pure malice) ; 18 juillet 1862, D. 63.1.485 et note ; Trib. Seine, 23 mars 1892, S. 92.2.189 ; Trib. civ. Nice, 7 avril 1892, D. 94.2.132. Pour une entreprise de spectacles privés, V. Trib. Pont-l'Evêque, 25 juin 1878, D. 80.3.22, S. 79.2.188, P. 79.861 ; Trib. corr. St-Gaudens, 24 août 1881, D. *Suppl.*, V^e Ind., n^o 135, S. 81.2.220, P. 81.1.1021. Pour le tenancier d'un bal public, Trib. Cognac, 29 mai 1895, *Gaz. Pal.*, 95.2.522.

(9) P. Pic, *Tr. élém. de législ. ind.*, 2^e éd., Paris, 1903, n^o 361, p. 231.

27 décembre 1890), comment doit-on traiter le refus motivé d'embauchage ? On doit rappeler ici une tentative parlementaire rigoureuse, la proposition Bovier-Lapierre, votée par la Chambre des députés en 1890 et 1892, mais que le Sénat toujours repoussa, qui frappait d'une peine de 1 à 3 mois de prison et d'une amende de 100 à 200 fr. « les patrons, contremaîtres et ouvriers convaincus d'avoir, par menace de perte d'emploi ou de privation de travail, refus motivé d'embauchage, renvoi d'ouvriers et d'employés, à raison de leur qualité de syndiqués, entravé ou troublé la liberté des associations professionnelles ou empêché l'exercice des droits déterminés par la loi du 21 mars 1884 ». Le projet de loi déposé sur le bureau de la Chambre le 14 novembre 1899 par M. Waldeck-Rousseau ne contenait plus de sanctions pénales que pour des cas graves (art. 11) et en dehors de là établissait expressément dans son article 10 le principe général de la responsabilité civile pour tout abus de droit, et parmi ces abus figurait nominativement le refus d'embauchage (10).

Ce projet n'a pas été voté, mais l'absence de texte, si elle entraîne sûrement l'exclusion de toute sanction pénale, fait-elle obstacle à l'admission d'une action en réparation civile sur le terrain du droit commun ? La jurisprudence paraît s'être fixée récemment en sens contraire, en condamnant à des dommages-intérêts des patrons qui se refusaient systématiquement à embaucher des ouvriers faisant partie d'un syndicat professionnel légalement constitué (11). Le patron peut librement choisir ses ou-

(10) P. Pic, *op. cit.*, n° 364, p. 234 ss.

(11) Trib. paix Bordeaux, 18 août 1903 et Trib. Bordeaux, 14 décembre 1903, S. 1905.2.17 et n. Ferron ; Req., 13 mars 1905, D. 1906.1.113 et n. Planiol ; Trib. comm. Epernay, 28 février 1906

vriers, mais cependant il ne faut pas que dans ce choix il soit guidé par un mobile illégitime, mais seulement par la considération de ses intérêts sérieux : « Libre au patron, écrit M. Josserand, de refuser d'embaucher un ouvrier qui ne lui paraît pas réunir les conditions requises pour un emploi déterminé ; mais il serait intolérable qu'il pût, en s'inspirant de mobiles illégitimes, donner à sa décision le caractère d'une entreprise contre une institution régulièrement établie et entrer ainsi en lutte ouverte avec la loi ; qu'il lui fût loisible par exemple en repoussant impitoyablement la demande de tout ouvrier français, ou marié, ou père de famille, de s'insurger contre des organisations sociales telles que la nation, le mariage, la famille, et du même coup contre les libertés les plus sacrées et contre le droit au travail » (12).

A l'application de ce principe on oppose trois catégories d'objections :

a) Le patron n'exerce qu'un « droit négatif » et il ne peut en abuser ; même il a le droit de ne pas faire fonctionner son usine. « Et s'il vient à fermer boutique plutôt que d'employer de tels ouvriers, demande M. Ripert, il abusera de son droit de ne pas contracter. Et nous voilà tous forcés de contracter avec notre prochain ou de dire pourquoi (13). » Mais cet argument *a contrario* est peu concluant : de ce que je puis ne pas exercer mon droit de propriété, il n'en résulte pas qu'il me soit impossible d'en abuser. Ce qui crée, il est vrai, la confusion, c'est que le

et Trib. civ. Lille, 12 novembre 1906, D. 1908,2.73 et n. Josserand ; V. aussi Josserand, *op. cit.*, p. 30 s. ; Demogue, *Rev. trim.*, IV, 1903, p. 127, n° 1.

(12) Josserand, note D. 1908,2.73.

(13) Ripert, *Rev. crit.*, 1909, p. 149.

droit est envisagé du côté de l'abstention, comme un droit de ne pas faire ; il n'en est pas pour cela un « droit négatif », et M. Planiol a mieux vu que ces questions « touchent à la liberté naturelle des citoyens (14) ».

b) Le même auteur dit très heureusement : « Il semble bien qu'un patron est libre de choisir son personnel comme il l'entend ; dans beaucoup de cas, les questions de nationalité, de santé, d'âge peuvent être déterminantes ; il est naturel aussi qu'un sentiment d'animosité préexistant puisse être un motif légitime pour s'abstenir d'employer un ouvrier, alors qu'on prévoit que sa présence dans l'atelier peut devenir une cause de querelles ou de désordres (15) ». Il ne faut pas perdre de vue qu'une lourde responsabilité pèse sur le patron selon l'article 1384, et on envisage, au moins en partie, cette responsabilité comme une conséquence de la liberté de son choix : il répond du fait des préposés, dont il agrège en quelque sorte les personnes à la sienne. Comment lui refuser le droit d'examiner *in specie* l'ouvrier qui se présente, de critiquer aussi bien que sa valeur professionnelle sa conduite et son caractère ?

c) Enfin, selon l'esprit de la législation de 1884, les droits de l'individu et de l'association, ceux du patron et du syndicat sont égaux ; on s'est demandé alors justement : « Lorsqu'un patron a eu à se plaindre des agissements d'un syndicat, il ne pourrait pas, pour éviter le

(14) Planiol, note D. 1906.1.113.

(15) Planiol, *eod. loc.* — Rappelons que déjà Toullier (II, 351) justifiait la pleine liberté de l'hôtelier par la responsabilité qui pèse sur lui. Récemment, au sujet de la réintégration d'employés révoqués, le directeur de la Compagnie des chemins de fer d'Orléans, dans sa réponse à M. le ministre des travaux publics, invoquait la responsabilité qui pèse sur la Compagnie, pour maintenir son refus.

retour des difficultés auxquelles il a été en butte, refuser d'employer les membres de cette association ? C'est inadmissible. Le groupe syndical ne peut avoir sur ce point plus de droits que n'en a l'ouvrier isolé (16). » Si le syndicat a le droit de mettre en interdit tel patron, tel établissement industriel on lui demande seulement de n'en pas faire usage dans une pensée de malveillance, mais uniquement pour la véritable défense des intérêts professionnels. Mais s'il n'y a pas une manœuvre déloyale contre un syndicat, si le patron défend seulement ses intérêts sérieux qui sont lésés, il n'y a pas plus abus contre le droit syndical qu'il n'y avait dans le cas des syndiqués abus contre la liberté du travail (17).

Ces objections précisent la portée du principe : il y a une chose que le patron ne peut faire, c'est s'insurger sans motifs légitimes contre la liberté syndicale ; il ne peut, croyons-nous, déclarer à l'avance qu'ayant besoin d'ouvriers, il n'engagera que des non-syndiqués, et repousser sur ces bases tous les ouvriers qui se présentent, sans s'enquérir du syndicat auquel ils appartiennent et fournir contre lui de sérieux griefs (18), sans s'arrêter davantage à la considération individuelle de l'ouvrier. Un auteur qui

(16) Ferron, note S. 1905.2.20.

(17) P. Pic, *op. cit.*, n° 319 s., p. 197 s. — Rappelons que la proposition Bovier-Lapierre ne maintenait pas la balance égale entre les deux situations ; le projet Waldeck-Rousseau corrigeait ce caractère unilatéral, étant délit civil « la mise en interdit prononcée par le syndicat, dans un but autre que d'assurer les conditions du travail fixées par lui et la jouissance des droits reconnus aux citoyens par la loi » (art. 10).

(18) Ceci est le cas le plus fréquent et rapproche notre hypothèse de celle de mise à l'index. On s'explique alors que l'action soit intentée par le syndicat, ce qui transforme notre question pour M. Ripert (*loc. cit.*, p. 147) en une banale question de responsabilité.

a récemment étudié la question, M. Morel, se prononce cependant en sens contraire : cela vient de ce qu'il donne à cette responsabilité une base volontaire (19), à notre avis inopportune : il croit que, sur une invitation à faire des offres, la confiance créée, c'est « qu'en faisant appel au public sans réserve, son auteur a permis à tous de croire raisonnablement que les pourparlers s'engageraient sur les bases normales, habituelles au genre d'affaires qu'il s'agit de traiter » (20). Pour nous, au contraire, la confiance légitime trompée est celle que l'ouvrier avait dans la régularité de sa situation de syndiqué : il croyait à bon droit ne pas être exclu du marché de travail quand une occasion se présenterait. L'intérêt de la distinction est considérable : en revenant à l'idée d'une obligation volontaire, on déclare que si cette offre d'entrer en pourparlers comporte des réserves, si expressément des conditions ont été fixées d'avance en dehors desquelles le contrat ne sera pas conclu, aucune responsabilité ne pourra résulter du fait que ces conditions sont évidemment malveillantes et illégitimes. Ainsi le mobile illégitime, condamné dans les tracasseries spéciales, pourrait être érigé en loi générale impunément : les haines, les mesquineries, les vexations s'afficheront au grand jour : c'est tel directeur de maison de commerce qui déclarera qu'il ne veut pas engager de représentant qui appartienne à la religion juive (21).

(19) La preuve en est donnée par M. Morel qui, dans une hypothèse voisine, celle de rupture des pourparlers, préférerait parler de garantie conventionnelle, ce qui ferait disparaître même la justification d'un droit de rompre par un intérêt légitime ; il y aurait garantie contre toute rupture fondée sur une raison autre « qu'une divergence d'intérêts sur la base exclusive des négociations antérieures » (*loc. cit.*, p. 307).

(20) Morel, *op. cit.*, p. 302.

(21) Comp. Besançon, 5 juillet 1899, D. 1900.2.405, où il fut jugé

Toutes les tendances anti-sociales seront encouragées : le propriétaire d'un immeuble déclarera qu'il n'entend louer qu'à des célibataires ou à des ménages sans enfants. Les institutions les plus sûres, comme la liberté de pensée, la famille, seront mises en échec par l'égoïsme souverain des titulaires de droits ; et la doctrine de l'abus des droits, créée pour combattre ces prétentions, n'aboutirait qu'à les faire s'affirmer avec plus d'impudence !

Ce qui a contribué à égarer les esprits, c'est cette condition commune à toute responsabilité précontractuelle, qui veut que le fait d'acte juridique soit au moins commencé : donc pas de responsabilité s'il n'y a pas eu invitation à entrer en pourparlers, appel au public pour faire des offres. Mais si c'est là une condition inéluctable du dommage, ce n'est pas la cause directe de l'action en réparation qui est le mobile illégitime du refus. Assurément, si je refuse une offre que je n'ai rien fait pour solliciter, aucune responsabilité ne peut naître, même si je le fais avec un mobile malveillant et même une intention manifeste de nuire (22). Quelle confiance pouvait-on avoir encore en la formation du contrat, à un moment où je peux toujours dire : je refuse parce que je refuse, sans que personne puisse me faire sortir de mon inertie ? Quand je passerais aussitôt un contrat de même nature avec une autre personne, on ne peut dire qu'en refusant même méchamment la première offre que je n'avais rien fait pour déterminer, j'ai lésé un droit d'autrui : en effet, supposons qu'un syndiqué offre sa main-d'œuvre à un patron qui n'en a nul besoin, ou qui vient de se pourvoir ailleurs ; ce patron

à bon droit qu'il n'y avait pas là une erreur substantielle sur une qualité de la personne.

(22) Morel, *op. cit.*, p. 299 ss.

l'éconduit en lui disant que du reste il n'engage pas d'ouvriers syndiqués ; c'est peut-être une provocation inutile, mais en aucune manière le droit syndical de l'ouvrier n'est lésé puisqu'un non-syndiqué n'aurait pu davantage se considérer comme devant être embauché. Ainsi nous plaçons l'élément générateur de responsabilité dans l'abus ; la confiance qui a été trompée était une confiance dans la régularité de notre situation ; l'occasion qui a permis au dommage de se produire est l'acte volontaire par lequel l'autre partie s'est déclarée disposée à conclure contrat.

Ce serait peut-être une erreur de croire que la nouvelle doctrine rencontrera un obstacle insurmontable dans les difficultés de la preuve, alors qu'en mainte autre hypothèse délicate il faut faire aussi la preuve du mobile déterminant. En réalité il ne faudrait pas croire que le défendeur, en attendant cette preuve, ne sera pas obligé de fournir les raisons de son refus, qu'il pourra simplement alléguer ses convenances et son bon plaisir. Son adversaire montre qu'on ne peut rien lui reprocher de légitime ou d'avouable ; c'est à lui à répondre et à préciser ce qui l'a conduit à refuser cet engagement. Et le juge aura à apprécier sur ce dialogue si les motifs du refus étaient bien légitimes (23) ; pour tel type de contrat, il se pourra que le défendeur avait le droit de se montrer difficile, et par exemple pour l'engagement d'un domestique, on pourra à juste titre être très exigeant sur la considération de la personne. Seulement on critique cette obligation de venir exposer au juge ses motifs. « On dirait vraiment que ce juge incarne la justice absolue puisqu'on lui donne à

(23) L. Josserand, *De l'abus des droits*, p. 60 ss.

peser les mobiles de tous nos actes. Quelle exagération (24)! » On pourrait aussi relever la bizarrerie de cette solution qui tiendrait compte du mobile économique principal dans le refus de contrat, et dans le contrat lui-même jamais; mais on verra plus loin si la doctrine générale sur ce point n'est pas aussi insuffisante.

Bien plus difficile est le problème des sanctions: on ne peut évidemment accepter le principe du contrat forcé, d'autant qu'ici la détermination des éléments de l'accord pourrait être tout à fait insuffisante (25). D'ailleurs quel dommage est causé? On devra indemniser des frais et dépenses, des dérangements coûteux, mais déjà on estime que les occasions manquées ne sont pas dans un lien de

(24) Ripert, *loc. cit.*, p. 147 s.

(25) La jurisprudence, en accordant des dommages-intérêts à une personne injustement exclue d'un casino, se refuse à enjoindre à l'administration du casino de la recevoir à l'avenir, sauf à elle à recourir aux tribunaux de nouveau pour se faire rendre justice (Aix, 16 juillet 1894, S. 95.2.207, D. 96.1.450). Le principe préventif ne va pas jusqu'à permettre à un directeur de café-concert de refuser le libre accès de la salle à toute personne qui se présente décemment et paie sa place, même en alléguant qu'il a dû la faire expulser à la précédente représentation; il peut seulement, au cas de trouble, la faire expulser à nouveau (Trib. Seine, 31 juillet 1897, S. 98.2.85). Le directeur d'un théâtre peut refuser une personne qui n'a pas une mise convenable, ou qui vient pour troubler le spectacle (Comp. Lyon, 30 octobre 1903, *Rev. trim.*, 1904, p. 557), mais non pas parce qu'antérieurement elle a eu des difficultés avec le directeur (Pau, 18 décembre 1905, *Rev.*, 1906, p. 163) ou même parce qu'il s'agit d'un agent dramatique se préoccupant de recruter des artistes (Trib. Seine, 10 mars 1906, *Rev.*, 1906, p. 904). Le tribunal de commerce de Marseille, 5 mai 1908, S. 1910.2.26, rejette le refus tiré de la conduite privée du spectateur dont le directeur ne peut se faire juge. — V. Demogue, *Rev. trim.*, 1910, p. 620, qui constate que l'offrant d'un contrat d'adhésion ne peut se soustraire trop facilement à son offre.

causalité assez direct (26). La concurrence prévient d'ailleurs la plupart de ces dommages ; et cependant le chômage n'est pas un vain mot : alors l'ouvrier obtiendrait-il des dommages-intérêts correspondant à ce fait qu'il n'a pu trouver de suite un autre emploi ou n'en a trouvé qu'un moins avantageux (27) ? D'autres font remarquer qu'il ne peut avoir droit à l'intérêt d'exécution : il ne pourra donc réclamer le montant des journées de travail correspondant à l'observation du délai-congé (28). Il faut remarquer que le plus souvent c'est un intérêt moral qui entre en jeu : la personne à qui on a refusé l'entrée d'un théâtre, atteinte dans sa considération, obtient une réparation, qui sera rendue publique comme le refus (29). Par là s'explique l'importance de la pénalité en notre matière : l'ordonnance de Charles IX de 1563 frappait l'hôtelier qui refusait de loger le complaignant sans motifs légitimes d'une amende de 10 livres tournois envers le complaignant et même amende pour le roi (30). On abusa même de la sanction pénale avec les célèbres lois de maximum ; selon le décret du 11 septembre 1793, article 9, « les municipalités pouvaient mettre en réquisition et punir, selon le cas, de trois jours de détention les ouvriers, les fabricants et différentes personnes de travail qui se refuseraient sans causes légitimes à leurs travaux ordinaires » ; et le décret du 12 germinal an II édictait : « Tout marchand ou fabricant en gros qui refusera de vendre en gros, tout mar-

(26) Morel, *loc. cit.*, p. 308 ss.

(27) Ripert, *loc. cit.*

(28) Morel, *loc. cit.*

(29) Trib. comm. Bruges, 25 décembre 1891, S. 93.4.23.

(30) Il y avait aussi des amendes pour les juges, s'ils refusaient leur concours aux voyageurs (art. 19, 20, 21) ; les autorités locales devaient aussi fixer des tarifs aux hôteliers.

chand de détail qui refusera de vendre en détail des denrées ou marchandises qu'il aura chez lui ou dans ses magasins sera puni par la confiscation de toute la marchandise de l'espèce de celle qu'il aura refusé de vendre. » De nos jours, on retrouvera des tendances analogues dans la proposition Bovier-Lapierre, d'ailleurs généralement critiquée (31), et tout récemment encore, dans une curieuse proposition de loi déposée le 27 septembre 1910 sur le bureau de la Chambre des députés par MM. H. Depasse, Messimy et P. Boncour : « Les propriétaires qui arguent du nombre des enfants pour refuser de louer leurs appartements ou pour en donner congé, sont passibles d'une amende de 25 à 50 francs. En cas de récidive, l'amende est doublée (32). »

II. — *Rupture abusive des pourparlers.*

Les anciens jurisconsultes regardaient la phase des négociations comme juridiquement négligeable (1) ; et ce qui les intéressait seulement, c'était sa délimitation : à quel moment y avait-il contrat conclu, au moins contrat préliminaire ? Certes ils ne se dissimulaient pas la longueur possible des pourparlers, ils n'ignoraient pas qu'un contrat ne se conclut pas toujours par demande et réponse, qu'entre l'acceptation intégrale et le refus sans espoir il y

(31) Pic, *op. cit.*, n° 584, p. 405.

(32) D'autres propositions visent seulement à éviter le dommage en assurant aux locataires congédiés ou expulsés, pour leurs meubles, un magasinage avantageux.

(1) Pas d'obligation ni de responsabilité : Glück, *Pandekten*, IV, 1796, p. 105 ; Sinteniz, *Praktisches gemeines Civilrecht*, 3^e éd., 1868, II, § 96, p. 254 ; Regelsberger, *Vorverhandlungen*, p. 128 ; Thöl, *Handelsrecht*, 6^e éd., 1879, I, § 235, p. 731 ; *Motive*, I, p. 162 ; comp. C. civ. Saxon, 784.

a place pour toute une gamme d'intermédiaires. Lorsque l'acceptation ne comporte que quelques observations courantes, comme : mais j'attends des marchandises de premier choix, de bonnes conditions d'emballage, une prompte livraison, etc..., on admet que ces désirs et ces exhortations ne modifient pas le consentement d'ensemble ; mais la réponse peut contenir maintes contre-propositions ou modifications, des demandes de diminution de prix, de sûretés, de délais de paiement, etc..., et le rôle d'offrant peut alors être interverti (2), comme le reconnaît expressément le Code civil allemand, § 150, alinéa 2. Mais toute la difficulté, on le voit, était placée sur le terrain de l'obligation : à quel moment le nombre des points réglés d'accord était-il suffisant pour constituer un contrat, en dépit de divergences de détail ?

Récemment on a soulevé le problème parallèle de responsabilité : on a fait remarquer que la limitation de la responsabilité à l'hypothèse de révocation de l'offre serait peu justifiée dans les conditions économiques contemporaines ; pour satisfaire les exigences du milieu moderne, il faut tenir compte de la multiplication de ces grandes entreprises commerciales, financières, industrielles, coloniales, etc..., d'une gestation parfois si laborieuse. Longtemps les parties se bornent à des échanges de vues et d'idées et le projet qu'elles élaborent se surcharge de clauses, conditions, pactes divers. Il y a d'abord un travail d'analyse, pour envisager les diverses répercussions du contrat projeté : la volonté, encore générale et indéterminée, s'arrête sur certains détails et se répand dans des directions diverses. Puis les négociations sont suffisamment avancées

(2) Regelsberger, *op. cit.*, p. 94 ss.

pour que l'on en arrive à des propositions plus fermes ; on sort « du domaine des tâtonnements et des compromis » (3) ; il ne s'agit plus de discuter, mais de fixer, de formuler, de concrétiser : c'est en un mot un travail de synthèse. Tant que l'on est dans cette période de préformation, les parties restent entièrement libres de se retirer de l'élaboration du contrat ; ce n'est pas d'ailleurs, comme le disaient trop volontiers les anciens juristes, que le concours de volontés ne s'y rencontre pas ; seulement ce *consensus* précontractuel n'a pas encore pour contenu, mais seulement pour but, la conclusion du contrat ; ce consentement concerne, dit M. Faggella (4), l'architecture du projet et non sa mutation en un contrat obligatoire. Ainsi aucun lien de droit n'est créé ; les contractants à leur gré pourront interrompre, reprendre, abandonner les tractations ; encore à la fin comme au début des pourparlers, ce droit reste illimité et souverain ; les parties n'ont pas voulu prendre d'engagements définitifs. Entre elles interviennent successivement des ententes et accords sur les diverses clauses, mais il n'y a là encore une fois que le développement de la préparation d'un plan de contrat. De même, a-t-on dit, qu'en matière législative chacun des votes n'est acquis que sous la condition finale d'un vote d'ensemble, avec cependant cette différence que chaque vote est acquis d'une façon ferme et que la volonté législative, si elle peut

(3) R. Saleilles, De la responsabilité précontractuelle à propos d'une étude nouvelle sur la matière, *Rev. trim.*, VI, 1907, p. 710. — Cet auteur voudrait même faire correspondre une obligation à réparation différente pour ces deux étapes de l'*iter voluntatis* (*loc. cit.*, p. 733).

(4) Dei periodi precontrattuali e della loro vera ed esatta costruzione scientifica, dans les *Studi giur. in on. di C. Fadda*, Naples, 1906, III, p. 269 ss., nos 1, 2, 3, 5, 7, 9, 11.

abandonner son projet, ne peut le reloucher et revenir sur son texte antérieur selon son caprice (5).

Cependant, après cette période d'analyse et de synthèse, la volonté se trouve enfin en pleine possession d'elle-même et se détache de la subjectivité de son auteur. Alors, comme nous l'avons déjà noté, la discussion peut être loin d'être close : après que l'offre est parvenue au destinataire, ce dernier peut toujours demander des modifications et faire des contre-propositions qui rouvriront les pourparlers sur de nouvelles bases. Il n'en serait différemment qu'après que sur certains points importants serait intervenu un accord ayant la valeur d'un contrat préliminaire : à vrai dire la distinction peut être malaisée si l'on ne sait reconnaître les éléments nécessaires à l'existence de ce *paclum de contrahendo* (Vorvertrag), mais sûrement elle doit être faite puisque les contrats préliminaires eux-mêmes supposent des pourparlers (6). La nouvelle théorie aurait en tous cas cet intérêt de remettre en question le problème de la valeur de l'offre unilatérale, et cela parce qu'on aurait négligé généralement de le poser pour ces contrats dont la formation est longue et laborieuse. M. Faggella (7) pense à ce sujet que, tant que l'on reste dans le domaine des tractations, la volonté incoercible résiste à toute tentative de compression ; cette liberté pour lui existerait même à l'intérieur des contrats parfaits, mais naturellement on ne doit pas entendre la volonté comme un pouvoir aveugle, elle se détermine selon des motifs, et dans le contrat formé l'obligation à réparation serait un motif qui la déterminerait dans le sens de l'exé-

(5) Saleilles, *loc. cit.*, p. 707 ss.

(6) Faggella, *loc. cit.*, nos 3, 4, 5, 8, 10.

(7) *Loc. cit.*, nos 14 ss.

cution ; mais pareils motifs existent-ils dans les situations anté-contractuelles ? On aurait tort en tous cas, selon cet auteur, de distinguer d'une manière aussi radicale la période où l'une des parties a objectivé toutes ses propositions dans une déclaration ferme, du processus antérieur de discussion. M. Saleilles (8), tout en défendant en thèse générale l'irrévocabilité de l'offre, fait aussi une réserve au cas où l'offre, « au lieu d'être spontanée et de marquer la première initiative contractuelle....., se produit à la suite d'une longue série d'accords partiels sur tous les points fondamentaux du contrat ». Et cela parce qu'elle se distingue assez peu de ces accords et surtout qu'elle implique « qu'il s'agit d'une affaire complexe, qui ne puisse se résoudre en un jour et par retour du courrier ». Et alors, si l'auteur de l'offre sait « n'avoir pas à recevoir, en quelques jours, une adhésion qui le sorte d'incertitude, comment admettre qu'il consente à être lié, au point de vue du maintien de l'offre et de l'interdiction de révoquer, pour une durée indéterminée ?... Forcément, le délai d'acceptation doit être assez long ; et, par suite, lorsque le délai est long, le lien imposé à la partie engagée doit se détendre ».

Nous serions tentés de dire que, dans les faits, deux formations économiques différentes sont visées : la doctrine de l'offre irrévocable tend à s'appliquer principalement aux contrats de commerce, conclus entre absents, par correspondance, où l'offre et l'acceptation prennent un caractère spécialement distinct, où la possibilité d'une bonne collaboration doit être garantie par certains délais contre certains accidents d'intervalle ; la théorie relative

(8) *Loc. cit.*, p. 749-751.

à la rupture des pourparlers se développerait plutôt dans le domaine de ces contrats composés, où les parties avancent toutes deux ensemble, mais pas à pas, de ces contrats qui, comme le dit M. Planiol (9), se forment « par décisions successives », et elle recherche si, en deçà d'un véritable contrat préliminaire, de l'ensemble des pourparlers entrepris ne peut résulter, sinon une obligation, au moins une responsabilité pour certaines conduites critiquables (10).

Cette doctrine nouvelle ne se produit qu'enveloppée de toutes sortes de restrictions concernant sa sphère d'influence. On ne peut sérieusement méconnaître la dépense de temps et d'argent considérable engagée dans la préparation d'entreprises importantes, plans, devis, études, enquêtes, recherches techniques, etc... Mais l'obligation à réparation ne naît pas dans les mêmes termes qu'une obligation contractuelle : on suppose en effet qu'il n'y a pas eu contrat préliminaire ; il est seulement intervenu ce fait que l'élaboration du contrat s'est faite en volonté commune : l'autre partie a autorisé celui qui a eu la première initiative à agir en vue de la formation du contrat. Ce fait est nécessaire, nous savons déjà qu'un simple état de passivité, de non-opposition aux actes que l'autre partie compte entreprendre, serait insuffisant parce qu'il ne peut créer chez cette partie une confiance légitime en la continuation des pourparlers (11). Mais il convient de ne pas se méprendre sur la valeur de cette autorisation ; elle n'a aucune valeur obligatoire propre ; celui qui la donne n'est

(9) Planiol, *op. cit.*, II, n^{os} 988 ss.

(10) Naturellement il n'y a pas là une distinction de droit, mais une répartition des situations de fait fondée sur le *plerumque fit*.

(11) Faggella, *loc. cit.*, n^{os} 30 ss. ; Saleilles, *loc. cit.*, p. 717 ss.

pas lié à la conclusion du contrat, et pas davantage celui qui la demande ; si l'accord devient impossible, toutes les deux ont également le droit de rompre ; « quelles que soient les raisons de cette intransigeance, dès qu'elle peut se justifier par un intérêt économique se référant aux prétentions de l'adversaire, ce retrait est légitime. Il n'y a ni faute de celui qui l'opère ni méprise de celui qui le subit » (12). Ainsi le travail précontractuel peut ne pas aboutir à la formation d'un contrat : l'abandon sera légitime quand, sur le développement des transactions, on aura vu qu'une issue positive n'est pas possible.

Il faut, avons-nous dit, que les projets et les dépenses aient été approuvés par l'autre partie au cours des négociations, que leur exécution ait eu son consentement : sinon, une rupture intempestive est un risque général subi en connaissance de cause ; il semblerait ainsi qu'il y ait un élément volontaire à la base de cette responsabilité, si le caractère illégitime de la rupture ne s'éclaire que par l'acte d'acquiescement à la poursuite des négociations ; et si cet acquiescement est limité (13), si toutes réserves sont faites quant aux dépenses à entreprendre et aux risques à courir, la partie ainsi prévenue ne pourrait arguer plus tard d'aucun droit acquis, d'aucune confiance trompée, d'aucun préjudice injuste. Mais, en refusant d'admettre qu'il y ait encore un mandat ou un contrat préliminaire, quel peut être le sens de cette obligation volontaire ? Une obligation tacite de réparer le dommage causé (14) ? Une obligation de se comporter dans la formation du contrat selon l'équité et la bonne foi (15) ? Mais

(12) Saleilles, *loc. cit.*, p. 718.

(13) Faggella, *loc. cit.*, n^{os} 33, 38 h.

(14) Faggella, *loc. cit.*, n^{os} 35, 38 c.

(15) Et. Leduc, *Des avant-contrats*, Th. Paris, 1909, p. 78.

tout cela est peu psychologique, de telles obligations ne reposent pas sur la volonté comme cause profonde.

On peut craindre en outre qu'avec le concept d'une garantie volontaire on n'arrive très rapidement à critiquer toute rupture fondée sur une raison autre « qu'une divergence d'intérêts sur la base exclusive des négociations antérieures » (16). M. Faggella demande simplement qu'il y ait eu consentement au travail précontractuel et sur le retrait on devrait réparer toute destruction de valeurs patrimoniales qui seraient dans un lien de causalité adéquate à ce consentement : il n'y a plus à parler de faute, car celui qui se retire agit dans la sphère légitime de son droit (17). De même pour M. Saleilles il ne serait pas nécessaire que le retrait fût absolument arbitraire : ainsi, dans le cas où X abandonne les propositions initiales de Y pour celles de Z, bien que Y consente à traiter aux conditions de son concurrent ; seulement Z offre de meilleures garanties d'exécution ou la préférence qu'on lui donne doit valoir à X une réciprocité de clientèle plus avantageuse ; il n'y a là ni un caprice ni une faute, seulement X tout de même connaissait les garanties personnelles et les avantages que lui offrait Y quand il traitait avec lui, et il n'aurait pas dû le faire (18). Tout autant que les résultats de la garantie volontaire, nous croyons qu'il faut repousser cette conséquence d'une garantie légale fondée sur l'équité ; on arriverait à donner aux négociations anté-contractuelles une valeur et une sécurité qui dépasseraient à la limite celles du contrat lui-même, surtout du contrat préliminaire ; mais

(16) Morel, *loc. cit.*, p. 307.

(17) Faggella, *loc. cit.*, nos 35, 36.

(18) Saleilles, *loc. cit.*, p. 718 ss.

si cette application est trop hardie, on peut, en revenant à la formule plus sûre de l'abus des droits, critiquer l'abandon illégitime, intempestif, arbitraire (19), comme celui qui dans des relations de commerce serait motivé sur une différence de religions. L'abus du droit de rupture peut être une source de réparation. Pour le dommage qui fixera l'étendue de la réparation, on prendra en considération non le gain manqué qui aurait pu résulter du contrat ni même les occasions avantageuses qui furent repoussées, mais seulement la valeur patrimoniale détruite, les frais et dépenses nécessités par le travail précontractuel, en se référant aux limites prévues par l'autorisation ; ainsi la réparation ne pourrait porter que sur les travaux entrepris après les négociations commencées. Cet acquiescement à traiter en effet est l'occasion qui a permis au dommage de se produire, en donnant à l'autre partie une certaine confiance, non pas absolue, mais au moins une confiance embryonnaire, avec cet élément d'incertitude qui caractérise tout état naissant.

Enfin de graves difficultés, dont nous n'avons à parler qu'incidemment, se tiennent à la limite des pourparlers et au seuil du contrat : quand les parties, sans s'en tenir aux discussions orales, ont rédigé un écrit pour fixer certains points des négociations, doit-on voir dans cet écrit un simple point de repère pour les discussions futures, ou la preuve d'une entente ayant déjà force obligatoire ? La loi ne peut fixer que des présomptions pour les hypothèses où rien de formel n'a été dit dans les négociations ou

(19) Ne pourrait-on critiquer aussi, comme dans la théorie germanique des fiançailles, celui qui fournirait à son co-contractant un motif légitime de rupture ? En l'absence de toute jurisprudence, nous nous bornons à poser le problème.

lors de la rédaction de cet écrit. Cette présomption n'a pas toujours été établie dans le même sens (20) : à l'heure actuelle, la théorie de la déclaration de volonté, rejetant comme peu psychologique le cadre légal du contrat, regarde comme *essentialia* tous les points qui, ne fût-ce que d'après la déclaration de l'une des parties seulement, devaient être objet de convention (C. civ. all., 154) ; ce peut être la chose la plus singulière du monde ; par sa demande de réglementation de ce point spécial, la partie laisse présumer qu'elle y attache une signification essentielle : ainsi toute circonstance dont la discussion aura été élevée d'une manière reconnaissable empêcherait dans le doute que l'écrit, la Punktation, fixant les points de négociation achevée, vaille comme document d'un contrat conclu. Cette disposition, restrictive de la force des engagements, vient au secours de la partie qui était dans la plus mauvaise position ; cependant on a critiqué cette grave faculté de se dédire qui ferait attacher peu d'importance aux déclarations, et, considérant certaines expectatives légitimes, on a demandé (21) que, dans l'écrit contresigné comportant déjà un projet exécutable, on puisse voir une base suffisante pour une action en dommages-intérêts. Cela mettrait sans doute obstacle à bien des chicanes, faciliterait et fortifierait la naissance du contrat, qui serait assez gravement atteinte s'il suffisait de prouver qu'un point spécial a été débattu pour mettre l'autre partie dans l'obligation de prouver ou que sur ce point aussi il y a eu accord, ou qu'il n'était pas essentiel à la conclusion.

(20) V. sur les diverses législations, Leduc, *op. cit.*, p. 66 ss.

(21) Leduc, *op. cit.*, p. 71.

§ 2. — Abus de l'inexpérience, de la légèreté ou du besoin.

En antithèse, nous plaçons l'abus réalisé par le contrat, dont la sanction juridique a beaucoup varié dans sa mesure ou même dans sa base. Donner ici un aperçu historique, ce serait étudier tout le développement économique des sociétés. On peut seulement rappeler quelques points de repère principaux. Le droit romain développe des principes assez individualistes : la protection tardivement admise contre le dol et la violence ne représentait pas encore quelque chose de bien rigoureux : Paul déclare que dans la vente il est permis aux parties de se circonvénir (1). Cependant une restriction très ancienne à la liberté des parties résultait de la fixation d'un taux maximum d'intérêt, conséquence des excès des patriciens et des revendications du peuple réduit à la misère (2). Dans le droit du Bas-Empire, on trouve une dérogation plus notable, avec une constitution attribuée à Dioclétien et Maximien, mais qui ne serait peut-être que de Justinien lui-même (3) : le vendeur lésé de plus de moitié de la valeur de sa chose avait le droit de faire rescinder la vente à moins que l'acheteur ne préférât fournir le supplément du juste prix (4) ; cette protection repose sur l'humanité (*humanum est*). Le droit canonique se montre très exclusif ; le problème de l'usure est résolu dans le sens de l'illégitimité de tout intérêt, conformément à des tendances qui se font jour dans toutes les reli-

(1) D. 4, 4, *de minor.*, 16, 4.(2) Girard, *op. cit.*, p. 511.(3) C. 4, 44, *de rescind. vend.*, 2, 8. — Comp. Gradenwitz, *Bullett. dell' Istit. di dir. rom.*, II, 1889, p. 14 (sur l'interpolation).(4) Difficultés d'interprétation : V. Cujas, X, 187 ; Zachariæ, *Zeitschrift d. Sav. St.*, IV, 1883, p. 49 ss.

gions (5), et qui n'étaient pas en désaccord avec les conditions économiques de l'époque, l'état stagnant du commerce, le crédit exclusivement destiné à la consommation ; on sait comment les exceptions personnelles, puis territoriales, en faveur des marchands, finirent par emporter la règle, tournée d'ailleurs par des fraudes innombrables. Chez les canonistes et écrivains du moyen-âge, la recherche du vice d'usure prend une extension invraisemblable (6) : de là, les théories du juste prix, de l'équivalence des prestations, une application généralisée à tous les contrats de la constitution du Bas-Empire (7). A ce principe, aux puissantes assises, qui domine tout le moyen-âge, la crise de la Renaissance vient porter les premiers coups : le retour à l'antiquité, le relâchement de la morale, le développement de l'esprit de lucre diminuent dans les idées et dans les mœurs le respect de la justice et de l'équité (8). La politique mercantiliste cherche seulement à stimuler l'activité économique ; alors, dans une véritable confusion de la cause et de l'effet, elle prit le peu d'élévation du taux de l'intérêt pour une source de prospérité économique et décida parfois d'abaisser le taux légal jusqu'au-dessous du taux usuel (9). Enfin la déca-

(5) Paul Huvelin, *L'histoire du droit commercial*, Paris, 1904, p. 22, n. 2.

(6) Huvelin, *op. cit.*, p. 64 ; Brissaud, *op. cit.*, I, p. 149 ; V. aussi II, p. 1423 ss.

(7) Meynial, Quelques notes sur l'histoire de la rescision pour lésion dans les contrats entre majeurs au moyen âge. La Glose, les Glossateurs et les Bartolistes, dans les *Studj di dir. in on. di V. Scialoja*, II, p. 342 ss.

(8) V. Brants, *La lutte contre l'usure dans les lois modernes*, Louvain, 1907, p. 8.

(9) M. Haarhaus, *Das neue englische Wuchergesetz und seine Vorgeschichte*, Diss. (Munich) Stuttgart, 1904, p. 6, sur les lois anglaises de 1672 et 1714.

dence du système de protection s'accroît de plus en plus rapide ; à la fin de l'ancien droit, Pothier seul lui reste encore fidèle (10) ; en face de lui, les philosophes et les économistes affirment que c'est la concurrence seule qui donne un juste prix aux marchandises.

La Révolution ne rencontra donc aucune résistance en proclamant la légitimité du prêt à intérêt (L. 3-12 octobre 1789), et cependant elle maintint la limitation du taux ; une mauvaise politique financière ayant entraîné le discrédit du papier-monnaie, le commerce de la monnaie métallique fut à diverses reprises interdit, mais le régime de liberté finit par prévaloir (L. 5 thermidor an V) ; cette dépréciation des assignats fut en même temps la cause de la disparition de l'action en rescision pour lésion, parce que dans cette mobilité de valeurs il était devenu impossible de comparer le prix convenu à un juste prix (11). Entre les rédacteurs du Code civil, une discussion très vive s'engagea sur la valeur de ces dernières mesures de protection, mais l'article 1674 et la loi du 3 septembre 1807 (C. civ., art. 1907) portent la marque de l'influence prédominante du Premier Consul (12) ; c'est en haine des « idéologues » qu'il fit accueillir dans la législation ces

(10) *Oblig.*, 1, 1, 13.

(11) On voulait aussi protéger les acquéreurs de biens nationaux contre les tendances contre-révolutionnaires : de là tout un système légal assez complexe dont la pièce principale fut la loi du 14 fructidor an III : l'article 1^{er} abolissait dans l'avenir l'action en rescision dans les contrats de vente, ou équipollents, et il resta en vigueur jusqu'à la rédaction du Code civil ; au contraire, la suspension des actions en cours, prononcée par l'article 2, fut levée après la crise sous certaines restrictions (L. 3 germ. an V) ; comp. aussi sur le D. 2 prair. an V, 3 et la L. 19 flor. an V, Hayem, *De l'idée de lésion dans les contrats entre majeurs*, Th. Paris, 1899.

(12) Fenet, XIV, 58 ss., 429 ss.

deux épaves du système romano canonique. Il voulait protéger propriétaires et paysans contre l'exploitation des usuriers et des marchands de biens, et ceci s'explique par les conditions du milieu économique, l'importance sociale de la propriété foncière, le rôle des classes rurales. La valeur de cette législation devait être bien diminuée avec l'apparition d'une autre forme d'économie, dont le développement a fortement modifié même les relations générales ; et c'est l'économie commerciale, qui entraîne avec elle le triomphe des principes de liberté ; le droit commercial n'apporte par lui-même « aucun correctif aux conditions inégales de la lutte économique » (13). Cependant cet individualisme grandissant suscitait à son tour les réclamations de plus en plus vives de certaines fractions de la population qui ne pouvaient suivre ce développement grandiose dans des conditions d'égalité ; dans l'économie industrielle, produit d'une division du travail plus accusée, la loi a dû, dans une mesure de plus en plus large, revenir aux principes, qui semblaient condamnés, de la protection des majeurs, de la réglementation plus stricte des prestations correspondantes ; des milieux ouvriers, ces idées gagnent d'autres sphères de la société ; la limitation de la liberté contractuelle trouve enfin une nouvelle formule dans la science ; au plus fort de la concurrence et dans toute l'exacerbation de la lutte, on impose ainsi d'autorité la paix du droit pour un certain minimum, et pour le surplus on prêche dans les mœurs le retour au contrat loyal, au bon commerce.

Or, nous n'avons pas ici à rechercher la signification économique ou les répercussions sociales de ces nouvelles

(13) Huvelin, *op. cit.*, p. 22.

tendances ; seule nous intéresse la règle juridique. Nous comparerons brièvement les divers moyens de droit concurrents pour montrer comment la protection, partie de la considération de la volonté libre ou présumée libre, est aujourd'hui envisagée comme une réaction contre un abus, comme une conséquence de la responsabilité.

α) *L'équivalence des prestations (lésion, usure).*

Ce système a subi l'épreuve de l'histoire, et cette épreuve ne lui a pas été favorable. Toutefois il n'est pas fréquent de voir l'absence d'une *læsio enormis* érigée en une loi générale du contrat synallagmatique comme dans le Code civil autrichien (934). Il n'y a dans notre système juridique que quelques dispositions isolées (14) : la plus connue est l'hypothèse traditionnelle de l'action du vendeur d'immeubles (art. 1674) lésé de plus des sept douzièmes. Mais déjà l'article 1706 s'oppose à l'extension de l'action en rescision à l'échange, et la jurisprudence refuse aussi de l'admettre pour le louage de choses (15). Pour le louage de travail, il est vrai que les conseils de prud'hommes se croient assez souvent autorisés à modifier les prix

(14) Sur ce caractère restrictif, H. Pascaud, Du principe que les contrats entre majeurs ne sont pas rescindables pour cause de lésion, *Rev. gén. d. dr.*, XIX, 1895, p. 504. Mourad-Sid-Ahmed, Etude critique sur la lésion dans la vente entre majeurs (*Rev. crit.*, 1908, p. 64).

(15) V. déjà Dumoulin, *ad Cons. Paris.*, § 33, 1, n^{os} 41, 47 ; Domat, I, 4, 1, n^o 8 ; Pothier, *Louage*, n^o 36 ; Rouen 21 mai 1844, D. 44.2.170, S. 44.2.653 ; Douai, 24 juillet 1865, D. 66.2.29. La doctrine de l'ancien droit est que le propriétaire a le droit d'abuser ; mais V. alors pour l'usufruitier, Trib. Boulogne, 14 décembre 1821, Douai, 27 décembre 1822, Req., 11 mars 1824 (D., *Rép.*, v^o *Louage*, n^o 96) ; Poitiers, 29 avril 1863, S. 63.2.169. Selon Pothier (*loc. cit.*) la lésion portant sur des fruits n'aurait jamais été que mobilière.

fixés par les conventions, lorsqu'ils sont « hors de proportion avec le prix ordinaire payé par tous les marchands honnêtes pour la valeur réelle du travail et avec le taux nécessaire pour qu'un ouvrier puisse vivre », contraires à la bonne foi « sur laquelle reposent le commerce et l'industrie de la France », à l'ordre public en entretenant la misère « qui jette les ouvriers dans les agitations politiques et les utopies sociales » ; la Cour de cassation a toujours jugé (16) que c'étaient ces jugements et non les conventions qui étaient contraires à l'ordre public, le principe de la liberté du commerce étant une des bases de l'ordre économique présent.

Notre jurisprudence cependant connaît dans une hypothèse voisine un type de protection analogue ; il faut rappeler sa distinction entre le mandat et le louage d'ouvrages, fondée sur le caractère gratuit du premier ; et sans doute cette distinction a été très attaquée, on a dit qu'il n'y avait là qu'une dernière trace de pharisaïsme et que devant la loi civile moderne toute séparation était condamnée entre les arts serviles et les professions libérales (17). Si cela est exact pour la technique juridique qui retrouve dans les contrats correspondant à ces diverses situations les mêmes éléments, il faut reconnaître que la jurisprudence a donné à sa distinction une portée très humaine et très agréable à l'économie sociale. C'est à juste titre qu'on a pu rapprocher de la lésion le principe, d'un caractère aussi objectif, de la gratuité du mandat ; cette gratuité, depuis qu'il y a des mandataires professionnels,

(16) Cass., 20 décembre 1852, S. 53.1.101, D. 53.1.95 ; 12 décembre 1853, D. 54.1.20, S. 54.1.333 ; Pic, *op. cit.*, n° 921.

(17) Sainctelette, *Responsabilité et garantie*, Bruxelles, 1884, p. 23, n° 12 ; Planiol, II, n° 1841.

et cela à Rome comme dans l'ancien droit (18), fut toujours entendue en ce sens que la rémunération stipulée ne pouvait avoir que le caractère d'une indemnité et non d'un bénéfice : le juge pourra donc réduire l'excès jusqu'au point où le salaire n'apparaîtra plus que comme une indemnité (19). Si cette jurisprudence est arbitraire aux yeux des auteurs modernes, il convient de se reporter à l'expérience générale ; et nous verrons qu'en tous temps et en tous lieux on a cherché à prémunir les pauvres gens contre la rapacité des agents d'affaires (20).

(18) Inst., 3, 26, *de mand.*, 43 ; D. 50, 13, *de ext. cogn.*, 4 ; V. Girard, *op. cit.*, p. 579 ; Pothier, *Du mandat*, III, 1, 2, n^{os} 23, 26 ; Fenet, XIV, 584 s.

(19) Perrin, *Essai sur la réduction des obligations excessives*, Th. Paris, 1905, p. 132 ss. — Depuis un arrêt du 11 mars 1824 (S. 25. 1.133), la Chambre des requêtes admettait la réduction des salaires des agents d'affaires, mais c'est seulement dans un arrêt du 29 janvier 1867 (D. 67.1.54) que la Chambre civile fit appel à la notion de gratuité du mandat.

(20) La doctrine est hostile (Planiol, *op. cit.*, II, n^o 2336) ; elle fait certaines concessions, par exemple pour le cas où le mandat n'a pas été exécuté entièrement (Comp. C. civ., art. 1152 et 1231) ; ou lorsque la convention de salaire a été passée avant l'exécution du mandat, parce qu'alors on devrait se montrer plus facile sur la preuve d'un vice du consentement (Boullanger, n. S. 66.1.273 ; Paris, 27 juin 1863, D. 63.2.164) ; enfin quelques auteurs (Glasson, note D. 90.2. 281) invoquent, contre les seuls auxiliaires de justice, les pouvoirs disciplinaires des tribunaux ; ces pouvoirs sont traditionnels, parce que la liberté des contrats ne peut se réaliser pleinement en présence d'une organisation corporative (Comp. Paris, 25 nov. 1854, S. 54.1.527) ; V. sur la doctrine, Perrin, *op. cit.*, p. 159 ss. — V. aussi dans cet auteur (*op. cit.*, p. 156 ss.) l'exposé de la jurisprudence belge (Cass., 17 janv. 1851, *Pand. belges*, V^o *Mandat*, 61, n^o 2695) maintenue malgré les critiques de Laurent (XXVII, n^o 256). — Comp. le Code civil allemand, § 655 et la jurisprudence anglo-américaine de la *constructive fraud*, notamment dans les rapports de *solicitor* à client.

A côté de la lésion, de la gratuité du mandat, il faut encore rappeler l'arme, celle-là tout à fait émoussée, de la limitation maximum du taux de l'intérêt. Sur ce point le système français ne tient pas compte des réalités économiques ; comme le dit M. Brants, il s'attaque à l'usure vieux jeu et paraît bien vermoulu (21). Système rigide et absolument arbitraire parce que la valeur est un élément trop mobile et trop capricieux pour qu'on puisse le saisir dans un chiffre légal : de là les variations incessantes du taux licite. Ces moyennes sont d'ailleurs de pures abstractions, de simples résultats statistiques : aussi avait-on proposé des différenciations selon les régions ou les professions ; mais jamais la loi ne sera assez souple pour prévoir toutes les situations. Le système se révèle en fait inefficace : dans un mauvais état de crédit, il pousse à la fraude, et il y a des fraudes de toutes sortes ; fraudes d'estimation, si faciles pour l'usurier qui se fait remettre un billet constant une somme supérieure à celle qui a été effectivement versée ; fraudes de qualification, pour lesquelles tous les contrats nommés ou innommés, vente à réméré, échange, société, donation, antichrèse, cautionnement, mandat, etc..., ont tour à tour suggéré à des esprits féconds des combinaisons nouvelles (22).

Or, on a dit d'une manière générale que l'équivalence des prestations était une donnée inadmissible, parce qu'elle ne serait rien moins que la négation de toute activité économique : si les hommes ne devaient, en contractant, obtenir que des prestations rigoureusement exactes, ils ne sortiraient pas de l'état d'indifférence et d'inertie (23).

(21) Brants, *op. cit.*, p. 51 s.

(22) Planiol, II, n^{os} 2077 s. ; Perrin, *op. cit.*, p. 104 ss.

(23) Au contraire, dans les contrats divisaires (partage), l'équiva-

Cependant, même dans un contrat équitable, chacune des parties pense toujours recevoir plus qu'elle ne donne parce que ce qu'elle cède vaut moins pour elle personnellement que ce qu'elle acquiert : on ne doit pas confondre en effet l'utilité personnelle, notion essentiellement subjective, et la valeur normale à laquelle s'échangent à telle époque et dans tel milieu les prestations (24). On insiste cependant : il n'y a pas une valeur objective qui serait une qualité intrinsèque de la chose comme sa grandeur ou son poids, qui serait incorporée par exemple dans l'objet à raison d'un travail dépensé pour sa production ; la valeur est une notion purement subjective, et quand les parties ont apprécié l'objet du contrat, comment l'appréciation des tiers serait-elle plus juste ? S'ils ne négligent pas l'estimation des convenances personnelles des parties (25), s'ils ne contestent pas la valeur des mobiles sur lesquels le contrat s'est conclu, comment décideraient-ils du résultat contre elles ? Il faut en venir à dire que la disproportion choquante ne peut s'apprécier que selon les circonstances de l'espèce (*nach den Umständen des Falles*), mais les lois récentes qui tiennent ce langage (26) reconnaissent l'obligation où l'on est de s'éclairer par d'autres éléments. Une appréciation extérieure n'est un guide sûr

lence des prestations est le but : de là toute une théorie plus restrictive que dans les contrats commutatifs.

(24) Gide, *Principes d'écon. pol.*, Paris, 8^e éd., 1903, p. 195.

(25) Or, c'est bien ce qu'on leur demande de faire ; l'opinion commune voudrait que les experts dans l'hypothèse de l'article 1674 ne tiennent pas compte de la valeur d'affection ou de la position particulière de l'acheteur ; comp. Paul, D. 33, 2, fr. 63 : *pretia rerum non ex affectu nec utilitate singulorum, sed communiter funguntur* ; V. Req., 18 novembre 1867, D. 68.1.345 ; comp. Fuzier-Hermann, *Rép.*, V^o *Lésion*, n^o 106.

(26) L. all. 19 juin 1893, 1 (C. pén., § 302 e).

que dans les marchés de choses fongibles où les prestations fonctionnent l'une de l'autre (27) ; alors le prix courant sera vraiment le prix juste (28), mais une lésion sera à la vérité peu fréquente. En dehors de là, l'élément objectif à lui seul paraît insignifiant et il n'y a pas d'appréciation collective qui donne la loi du juste : sinon, il faudrait traiter par exemple de même le prêt à la consommation et le prêt à la production, sans tenir compte de l'utilité différente que l'emprunteur peut en retirer.

Tout autant que la signification personnelle de l'utilité et de la valeur, la doctrine des prestations équivalentes perd de vue la considération du risque qui est inhérente à tout contrat ; sans doute elle a soin de séparer les contrats commutatifs des contrats aléatoires et de dire que

(27) Déjà dans la coutume professionnelle ou régionale des salaires des différenciations peuvent se produire, parce qu'il n'est pas vrai qu'un homme en vaut un autre ; comp. les ouvriers de deuxième catégorie dans les décrets de 1899 (Pic, *op. cit.*, n° 959). Le projet de loi sur le contrat de travail (2 juillet 1906) croit obvier à la difficulté en critiquant le désaccord flagrant « soit avec les conditions habituelles de la profession et de la région, soit avec la valeur ou l'importance des services engagés » (art. 11). Mais cette formule nous paraît très dangereuse en ce qu'elle permettrait au juge de fixer d'autorité un salaire insolite, conforme à sa conception abstraite du juste ; cette restriction a disparu dans le texte de la Société d'Etudes législatives (*Bull. Soc. Et. lég.*, V, 1906, p. 510). D'autre part, le désaccord, même flagrant, avec le salaire normal ne signifie rien par lui-même, si on ne l'éclaire pas par la situation respective des parties : il peut s'agir de salaires de pitié ou de charité. Si en l'absence de salaire fixé, le juge, comme le note Brants (*op. cit.*, p. 124), se base sur les usages (C. civ., 1135), c'est-à-dire sur le prix courant, il n'y a rien là de contraire aux vues des parties, qui n'ont pas jugé utile de recourir à des stipulations spéciales. — Comp. encore E. Châtelain, Rescision pour cause de lésion et tarification, *Rev. trim.*, VI, 1907, p. 59 ss.

(28) La loi l'impose parfois (C. proc. civ., 129 ; C. civ., 1291).

dans ces derniers est exclue toute possibilité de lésion (29) ; ce serait contrarier le but le plus clair des contrats aléatoires que de se livrer à des calculs de probabilités pour fixer la valeur de la chance, et l'indétermination des prestations entraîne leur inéquivalence finale, librement consentie. Seulement cette théorie, si elle tient compte du risque de droit, ignore le risque de fait qui peut naître du contrat : Adam Smith savait bien que tout prêteur court le risque de n'être pas remboursé, et il demandait pour cette raison que le taux maximum fût un peu supérieur au taux usuel ; mais des intérêts énormes ont pu parfois être exigés en se fondant sur ce que l'on avait consenti un crédit extraordinaire que n'aurait fait aucun capitaliste, en ne demandant aucune des sûretés usuelles, en accordant des facultés de remboursement très larges (30) ; pour d'autres motifs ces prêts peuvent être critiqués (31), mais que nous enseigne la simple comparaison des prestations ? Pour un prêt sans garanties, il est difficile de trouver un taux d'intérêt normal ; et si on ne peut découvrir un taux normal, on ne voit pas où commence un taux excessif.

β) *Le vice du consentement, la contrainte morale.*

Une donnée collective de la situation contractuelle n'éclaire donc ni les profits ni les risques et laisse l'esprit

(29) Pour les cas extrêmes, la jurisprudence conserve la théorie du prix nul (Planiol, *op. cit.*, II, n° 1381).

(30) Haarhaus, *op. cit.*, p. 49 (enquête de la Commission de la Ch. des communes).

(31) Il ne faudrait pas que le risque fût spécieux (colorable) ; V. J. Bridges Matthews, *The Law of Money-lending, Past and Present*, Londres, 1906, p. 38 ; Troplong (*Vente*, II, n° 815) pensait justement que si l'acheteur avait pris à ses risques le péril d'éviction, cette

incertain sur les conclusions à tirer. On propose d'en revenir alors à l'examen du consentement de la partie qui s'oblige, selon la formule générale de notre Code (32). D'ailleurs comment le Code comprend-il la lésion elle-même ? Le rapprochement établi avec les vices de la volonté laisse entendre qu'il s'agit d'une présomption d'un vice de la volonté (33). La confusion a d'ailleurs régné longtemps sur la nature de ce vice ; Pothier parlait d'une erreur sur la valeur (34), Berlier, dans la rédaction de l'article 1674, d'une présomption légale d'erreur ; mais le vendeur ne doit-il pas mieux connaître sa chose que l'acquéreur, puisqu'il répond de ses vices cachés ? et d'ailleurs le texte s'applique même si le vendeur a renoncé à l'action au moment de la vente. L'explication doit plutôt être cherchée dans l'autre vice du consentement, celui de contrainte (35) ; il y a une contrainte morale chez le propriétaire qui vend son bien à vil prix, comme chez l'emprunteur qui subit les lois de l'usurier ; de même la Cour de cassation réduit la rémunération supérieure à la valeur des services du mandataire, parce qu'elle craindrait que ce salaire excessif

clause de non-garantie impliquait une diminution de valeur de la chose, mais il n'en serait rien si elle n'avait été insérée dans l'acte qu'afin de faire croire à un danger supposé.

(32) G. Dereux, *De l'interprétation des actes juridiques*, Th. Paris, 1905, p. 104.

(33) Et non évidemment d'un vice de la volonté, comme on le dit parfois, comme si un dommage matériel pouvait affecter directement une volonté.

(34) *Oblig.*, n° 33 ; comp. *Vente*, n° 380.

(35) Comp. en faveur d'une considération plus large de la contrainte morale, Saleilles, *Bull. Soc. Et. lég.*, V, 1906, p. 222 ss. ; Perrin, *op. cit.*, p. 322 ss. ; V. aussi Thaller, *Bull. Soc. Et. lég.*, V, 1906, p. 160, 171 (rapprochement avec l'assistance en mer, l'art. 64 du Code pénal).

n'ait été stipulé « sous le poids d'une contrainte morale de la nature de celle qui préside aux engagements usuraires ».

Mais le caractère propre du système objectif est d'édifier une présomption irréfragable : la lésion suffit, peu importe qu'on ne rapporte pas la preuve d'un vice du consentement, peu importe même que le consentement soit donné à une époque où on peut le présumer libre et éclairé, par exemple après l'exécution du mandat : l'exagération du salaire constitue une présomption plus forte en sens contraire (36). Or, nous comprenons très bien que les déclarations des parties puissent être sans influence contre le fait, et qu'une renonciation inscrite dans le contrat au moyen de protection soit sans valeur (37). Mais les déclarations peuvent avoir eu un autre but, et il ne faudrait pas permettre à l'une des parties d'invoquer contre l'autre la situation ostensible pour violer la loi réelle : si c'est une donation déguisée qui se cache sous la vente, l'action en rescision sera repoussée (38).

On pourrait en conclure à la nécessité de remonter à l'intention, à la volonté elle-même. Mais il faudrait prouver que la contrainte morale est prise en considération par nos lois, et on peut bien le nier absolument, sinon que signifieraient les dispositions isolées et restrictives concernant l'inéqui-

(36) Pour le mandant qui paie après l'exécution du mandat le salaire fixé auparavant, Req., 16 janvier 1882, S. 82.1.99 ; pour un salaire fixé et payé après l'exécution du mandat, Req., 29 février 1904, D. 1904.1.263.

(37) Comp. Pize, *op. cit.*, p. 249 ; Chironi e Abello, *op. cit.*, I, p. 508.

(38) Req., 3 juin 1863, D. 63.1.429 ; Amiens, 31 juillet 1894, D. 96.2.108. — Comp. C. civ. autr., 935-940 (présomption de donation entre époux et proches). Fraudes dans l'ancien droit ; V. Meynial, *loc. cit.*, p. 349 ss.

valence des prestations ? Aucun système juridique, ancien ou moderne, n'aurait donné une telle extension au principe de la volonté. Comment poser en règle légale que le juge du contrat devrait tenir compte de tous les désirs, de toutes les passions et de toutes les impulsions de l'âme, alors qu'on cherche d'autre part à limiter la considération de la volonté, à réclamer le respect de la bonne foi, à diminuer la sphère d'autonomie privée ? Est-ce qu'une attitude nettement déterministe ne s'impose pas de plus en plus en présence de ces contrats d'adhésion, si nombreux à l'époque contemporaine (39) ? La plupart des auteurs ne semblent même pas voir l'objection ; on écrit d'une part que la nouvelle école, s'inspirant des faits et des pratiques, oppose à la théorie traditionnelle « une conception plus objective du contrat, conception qui fonde sur l'utilité sociale la force obligatoire des conventions individuelles et tend à restreindre le rôle de la volonté à des proportions fort modestes » (40). Si nous souscrivons à cette thèse,

(39) Saleilles, *La déclar. de vol.*, § 133, n^{os} 89 ss. ; *Bull. Soc. Et. lég.*, V, 1906, p. 212 ss. ; V. la thèse de Dollat, *Les contrats d'adhésion*, Th. Dijon, 1905 ; V. aussi G. Dereux, *op. cit.*, p. 155 ss. ; De la nature juridique des contrats d'adhésion, *Rev. trim.*, IX, 1910, p. 513 ss. — Récemment le Trib. com. Gand, 20 novembre 1908, *Pas.*, 1909, 3.413, a annulé une convention entre patrons membres d'un syndicat, du chef de contrainte morale exercée sur celui des contractants qui, à cause de ses ressources minimes, n'a pas eu la liberté de ne point s'affilier au syndicat formé par des firmes puissantes. M. Demogue, dans des hypothèses voisines, avait préconisé la notion d'abus du droit pour « atteindre les commerçants qui, par des ventes au-dessous du cours, essaient de ruiner des maisons rivales pour s'attribuer un monopole de fait. S'il peut y avoir abus du droit en ne contractant pas, il peut à plus forte raison y avoir abus à vendre à trop bas prix, uniquement pour faire tomber une maison voisine » (*Rev. trim.*, IV, 1905, p. 129).

(40) E. Périn, *De la lésion dans le contrat de travail*, Th. Paris,

comment la concilier avec ce culte de la volonté qu'on préconise pour la loi de demain et qui lui donnerait un empire plus considérable que l'histoire juridique n'en connut jamais ?

Telle a été sur les esprits la tyrannie du dogme de la volonté que, pour lui faire partout sa place, on en arrive à défigurer le sens le plus clair des mots ; un auteur construit une théorie de l'excès en prenant pour base le consentement du débiteur (41). Mais l'excès, comme l'abus, sont le fait du créancier, du stipulant, du bénéficiaire de la lésion. On avoue après cela que la situation de ce dernier ne peut être indifférente ; il ne faut pas qu'il puisse arguer de sa bonne foi, il faut donc qu'il ait connu et exploité l'état d'infériorité de l'autre partie (42). Or l'idée d'abus du créancier est incontestablement supérieure à celle de vice du consentement, car cet abus implique le vice alors que le vice peut dériver de toute autre cause que d'un abus. Rien n'indique d'autre part que les lois nouvelles partent du point de vue que l'on combat (43) ; les termes choisis ont leur importance dans cette formule célèbre de l'abus de l'inexpérience, de la légèreté ou du besoin ; elle n'a pas partout cette ampleur, et la loi belge

1908, p. 53 ; et cet auteur adopte la doctrine du vice du consentement (p. 107).

(41) Perrin, *op. cit.*, p. 322. — Cet auteur cependant fonde tout son système de réduction de l'excès sur l'article 484 ; or, sur la cause de cette réductibilité des obligations excessives du mineur émancipé, Demolombe (VIII, n° 336) pensait qu'elle se trouvait « dans une sorte de dol ou tout au moins d'indélicatesse et de surprise, de la part des tiers, fournisseurs, ouvriers, etc..., qui ont abusé ou malhonnêtement profité de l'inexpérience ou de la prodigalité ».

(42) Perrin, *op. cit.*, p. 324, 328, 331 ; Périn, *op. cit.*, p. 109.

(43) Sur cette direction du droit contemporain, V. Lerebours-Pigeonnière, *Rev. trim.*, 1903, p. 241.

du 5 mai 1865 n'a pas accueilli l'abus du besoin (44). Sous sa forme la plus générale, elle énumère limitativement une série de situations objectives, et elle ne peut être entendue comme donnant de vagues exemples de toute cause qui vicierait la volonté ; elle laisse en dehors de sa protection la nonchalance, la générosité, la jactance, etc... (45). A moins peut-être qu'on ne veuille donner au mot besoin un sens tout à fait vague, et on a dit en effet qu'un emprunteur était toujours dans le besoin ; mais il ne faut pas jouer sur les mots : la servante qui vend tous ses objets mobiliers à un prix dérisoire parce qu'elle va se marier et a besoin d'argent, voit sa personnalité économique diminuée ; mais l'entrepreneur qui cherche des capitaux pour accroître son commerce et ses bénéfices n'est pas dans la même situation de détresse. De toute manière, et surtout si l'on entend la situation de besoin (Notlage) dans un sens large, il faut, selon les principes que le droit moderne reconnaît de plus en plus, que quelque fait puisse être reproché au défendeur en annulation, sinon la nullité deviendrait à son tour une cause de responsabilité. Encore une fois le système de protection nouveau est dénaturé si on le ramène à une pure considération des intérêts du lésé.

γ) *L'acte illicite, les bonnes mœurs.*

C'est dans le droit pénal autrichien que l'on trouve la

(44) D'où une différence entre « l'abus des besoins, des faiblesses ou des passions d'un mineur » (C. pén., art. 493) et l'abus « des faiblesses ou des passions de l'emprunteur » (C. pén., art. 494) ; V. Brants, *op. cit.*, p. 145 ss. — Sur des amendements analogues dans la discussion de notre loi du 12 janvier 1886, qui furent repoussés, V. Brants, *op. cit.*, p. 48.

(45) C. Raiser, *Die privatrechtliche Behandlung des Wuchers*, Diss. Tübingen, 1898, p. 18.

première application de la formule originale du délit. Après la loi du 12 juin 1868 établissant la liberté du taux, on vit de petits propriétaires de Galicie, trop peu éclairés pour la sauvegarde de leurs intérêts, devenir les victimes d'usuriers sans scrupules ; un mouvement d'opinion se produisit contre le nombre devenu considérable des ventes forcées résultant de dettes excessives. On ne voulut pas cependant en revenir au système à peine abandonné du taux maximum. De là, une loi du 19 juillet 1877 pour la Galicie et quelques pays voisins, qui fit un délit du fait d'abuser dans un acte de crédit de la faiblesse d'esprit de l'emprunteur pour stipuler un avantage exorbitant ; en outre étaient nuls les contrats viciés (46). L'arme fut-elle jugée efficace ? Plusieurs assemblées provinciales demandèrent la généralisation de ces mesures, et ces tendances aboutirent à la loi du 28 mai 1881 (47) ; était déclaré punissable d'un emprisonnement de rigueur d'un à trois mois et d'une amende de 100 à 500 florins celui qui, dans une opération ayant pour objet d'accorder ou de proroger un crédit, exploitait sciemment la légèreté du débiteur, sa situation nécessiteuse, sa faiblesse d'intelligence, son inexpérience ou son excitation d'esprit, en se faisant promettre ou donner, à lui ou à un tiers, des avantages pécuniaires qui, par leur exagération, étaient de nature à causer ou hâter la ruine de ce débiteur. L'opération était naturellement nulle, et un point caractéristique était, selon le paragraphe 8, que le juge pénal lui-même prononçait la nullité, si les résultats de la procédure criminelle étaient suffisants pour permettre de statuer sur les conséquences de l'annulation.

(46) *Ann. législ. étr.*, 1878, p. 216 ss.

(47) *Ann. législ. étr.*, 1881, p. 307 ss. — Pour la Hongrie, L. 2 mai 1883.

La loi allemande du 24 mai 1880 ne va pas aussi loin et respecte le principe procédural de la séparation du civil et du criminel ; mais elle est d'inspiration pénale, la plupart de ses dispositions ont été insérées au Code pénal (§§ 302, 360) ; elle frappe de diverses peines l'exploitation du besoin, de la légèreté ou de l'inexpérience pour en tirer des avantages pécuniaires en disproportion choquante avec la contre-prestation. Expressément elle déclare nul le contrat usuraire (§ 3) et fixe les conséquences de la nullité (48). A la différence de la loi autrichienne, cette loi n'exige donc plus que l'acte soit de nature à causer ou hâter la ruine du débiteur, mais d'autre part elle ne s'applique pas aussi généralement à toute usure de crédit (Kreditwucher), mais seulement aux exploitations qui accompagnent un prêt, ou qui interviennent au moment de l'échéance d'une créance. Une loi postérieure, la loi du 19 juin 1893, en partie incorporée aussi au Code pénal, est venue renforcer sur ce point la loi de 1880 : les sanctions édictées sont étendues : d'une part le paragraphe 302 *a*, modifié, du Code pénal, assimile entièrement au prêt « tout autre contrat bilatéral conclu dans le même but économique » ; en outre, l'usure dans les contrats qui n'ont pas le crédit pour objet, donc l'usure au comptant ou l'usure réelle (Sachwucher) est frappée des mêmes peines en tant que professionnelle ou habituelle (C. pén., § 302 *e*) ; les contrats étaient alors nuls et les profits usuraires devaient être restitués (L. 1880, § 3 mod.) (49). Pour l'usure à crédit, l'interprétation la meilleure assimilait au prêt tous les actes qui ont pour but la satisfaction immédiate d'un besoin d'argent par la dispense de rendre

(48) *Ann. législ. étr.*, 1881, p. 77 ss.

(49) *Ann. législ. étr.*, 1893, p. 81 ss.

aussitôt ce qui a été reçu. Pour l'usure au comptant, elle comprenait absolument toutes les catégories d'actes, toutes les formes par exemple de la vente ou du louage, toutes les hypothèses d'exploitation de l'une ou l'autre partie. Elle serait donc devenue l'hypothèse générale depuis la Nouvelle de 1893 si n'avait été exigée la professionnalité ou l'habitude. Cependant on critiqua vivement cette condition sur le terrain du droit civil (50), car il n'est guère intelligible que l'on y rattache l'efficacité d'un acte ; mais il ne pouvait y avoir doute, d'après les déclarations du gouvernement, que le paragraphe 3 modifié de la loi usuraire ne se référât à toutes les conditions du paragraphe 302 *e* du Code pénal : c'est que la nullité de l'acte en droit privé n'était que la conséquence du délit pénal.

On pouvait déjà se demander dans quelle mesure la nullité avait besoin d'être expressément prononcée pour l'acte qui heurte une défense criminelle ; le projet élaboré en 1879 par le Reichstag, et qui ne put être voté par suite de la clôture de la session, n'avait pas traité des sanctions civiles, et c'est seulement le projet gouvernemental qui apporta cette innovation, dans le but, disent les motifs, de supprimer les controverses et les incertitudes du droit particulier (51). Restait alors à déterminer, sur le terrain du droit privé général, ce que valaient les autres actes qu'on peut regarder comme usuraires, car les lois usuraires n'avaient entendu fixer aucune limitation civile ; l'acte était-il contraire aux bonnes mœurs par ce fait que son accomplissement professionnel fût tombé sous le coup de la loi pénale ? Assurément des actes sont civilement illicites qui ne sont pas pénalement défendus ; maintenant

(50) Saleilles, *La déclar. de vol.*, § 138, n° 87.

(51) Raiser, *op. cit.*, p. 3 s.

la conscience publique critique-t-elle autre chose que des habitudes d'exploitation continue (52) ? La commission du Reichstag, saisie du projet de Code civil allemand qui ne contenait aucun texte nouveau sur le contrat usuraire, voulut trancher la controverse et décida la nullité absolument générale de l'acte usuraire, à crédit ou au compant, habituel ou isolé (53). Le paragraphe 3 des lois usuraires abrogé (54), l'indépendance du concept civil d'usure paraît bien affirmée (C. c. all., § 138, al. 2).

(52) Raiser, *op. cit.*, p. 20 ss. — Dans la langue générale, on n'appelle pas usurier celui qui, dans un contrat de vente ou de louage isolé, aura abusé de la situation. La loi du 19 juin 1893, modifiant le paragraphe 3 de la loi du 24 mai 1880, étend la nullité de l'acte à l'hypothèse d'usure réelle prévue par le paragraphe 302 *e* du Code pénal, mais le texte nouveau désigne toujours l'exploiteur comme le créancier (Gläubiger), expression qui ne convient qu'à l'usure à crédit.

(53) Comp. pour le droit suisse, dans les cantons, Brants, *op. cit.*, p. 95 ; le nouveau Code civil fédéral (art. 1036) admet la formule de l'exploitation de la gêne, de la légèreté ou de l'inexpérience, mais n'en déduit que l'annulabilité. — V. Saleilles, *Bull. Soc. Et. lég.*, V, 1906, p. 221, qui rappelle aussi le projet de Code civil hongrois, qui emploie une formule analogue (*Ausnützung der Unerfahrenheit, des Leichtsinnes oder der bedrängten Lage*). Ces textes ne parlent plus de disproportion choquante, mais de disproportion évidente (C. civ. suisse) ou simplement de disproportion. La Loi norvégienne du 29 juin 1888, abrogeant toute limitation de taux, édicte des pénalités contre « quiconque abuse des besoins, de la légèreté, de la faiblesse d'esprit ou de l'inexpérience d'autrui pour se procurer contre des avances d'argent ou un délai de paiement des avantages pécuniaires en disproportion grave et manifeste avec ce qui est accordé au débiteur » (*Ann. législ. étr.*, 1888, p. 773). La loi suédoise du 14 juin 1901 frappe « quiconque profitera de la gêne, de l'inintelligence ou de la légèreté de quelque personne pour prendre ou pour stipuler, à son bénéfice ou à celui d'un tiers, des avantages pécuniaires notablement supérieurs à l'intérêt qui peut être considéré comme normal eu égard aux circonstances » (*Ann. législ. étr.*, 1901, p. 421).

(54) L. d'Introd., 47.

Il ne peut y avoir doute, dans le nouveau droit germanique, que le contrat usuraire ne soit visé comme un contrat immoral (C. c. all., § 138, 1), puisque le lien entre les deux alinéas du paragraphe 138 se fait par le mot : en particulier (*insbesondere*). En fait, le paragraphe 138, alinéa 2, établit une prohibition légale, et on aurait peut-être pu soutenir que le contrat usuraire était nul comme contrevenant plutôt à une défense de la loi, selon le paragraphe 134 ; et ce point de vue aurait eu quelque importance pour l'application de la doctrine de la *culpa in contrahendo* (C. civ. all., § 309), mais il n'a pas triomphé. On a étendu le domaine de l'acte immoral (55) à des actes pour lesquels on ne voit pas que le juge ait à faire un examen concret de moralité ; on a donc, croyons-nous, abandonné une terminologie précise pour lui substituer la langue vulgaire ; on a confondu la réaction établie pour la défense exclusive des principes de la société avec les moyens qui sont concédés par le droit pour le triomphe des intérêts privés les plus légitimes. Et le même reproche atteindrait encore ces auteurs français qui, dans des hypothèses analogues, ont paru vouloir préférer au point de vue des bonnes mœurs celui de l'ordre public (56) ; à côté d'une extension légitime de ce qui constitue l'ordre public, fruit d'une civilisation

(55) Ceci a donné lieu à une littérature abondante sur le principe juridique des bonnes mœurs ; on en trouvera l'indication dans Brants, *op. cit.*, p. 80 ss., et encore H. Herzog, *Zum Begriffe der guten Sitten im B.G.B.*, Breslau, 1910.

(56) V. par ex. Ripert, *Rev. crit.*, N. S., XXXVI, 1908, p. 193 ss., sur un jugement du tribunal civil de la Seine, 23 février 1907, *Gaz. Trib.*, 24 février 1907 (stipulation de 100.000 fr. d'honoraires pour un médecin). On sait que dans la discussion du paragraphe 138, les socialistes réclamèrent au Reichstag la nullité de l'acte contraire à l'ordre public, invoquant l'article 6 du Code civil (Saleilles, *Décl.*, § 138, n^{os} 41 ss.)

plus délicate, il faut faire la part des abus : en dehors d'une loi prohibitive qui fixe aux particuliers ce qui ne leur est pas permis, on ne peut critiquer comme illicite que l'acte qui contrarie les principes généraux de l'organisation politique ou sociale ; mais parmi ces principes de l'ordre actuel figure au premier plan la liberté des conventions.

Le système de l'immoralité aboutit à l'inefficacité absolue. Le paragraphe 3 de la loi de 1880 déclarait l'acte non valable (*ungiltig*) et accordait au créancier le droit de ré péter ce qu'il avait presté sur la base du contrat nul. Ainsi un usurier à l'abri des poursuites pénales, parce qu'il se trouverait à l'étranger, aurait pu réclamer aussitôt son capital engagé pour longtemps dans un prêt usuraire. Quelques-uns trouvaient cette conséquence choquante (57) et en contradiction avec le but de protection de la loi ; mais l'abrogation de ce paragraphe 3 par le paragraphe 138 du Code civil allemand, qui déclare simplement l'acte nul (*nichtig*), en laissant la fixation des conséquences à résoudre selon les principes généraux, soulève une discussion plus grave. En effet, va-t-on admettre que l'exploiteur n'a pas le droit de se faire restituer les avantages par lui prestés ? La *condictio ob turpem vel injustam causam* n'est-elle pas refusée au *solvens* qui est dans un cas de *turpitude* (58) ?

(57) Aussi avait-on proposé de parler d'une nullité relative, ayant effet seulement dans certaines circonstances et au profit de certains intéressés (Meisner, *Die Reichswuchergesetzen*, Berlin, 1894, p. 36) ; mais cela était peut-être arbitraire, et pour le Code civil allemand en général, on admet que la nullité relative n'existe pas. On ne pouvait non plus parler d'une nullité partielle et le jugé n'a pas un droit de réduction ; au contraire pour la peine conventionnelle et le salaire du courtier (§§ 343, 655).

(58) Le Code civil allemand (§ 817) ne vise pas expressément le cas où le *solvens* seul est répréhensible, mais celui où l'immoralité existe *ex utraque parte* ; or, on ne peut assurément refuser la *condictio*

On recule devant cette conséquence exorbitante et peu justifiée. Quant à l'exploité lui-même, c'est à tort qu'on veut lui ouvrir une action en réparation du dommage négatif, car le paragraphe 309 admet la possibilité d'une réparation dans le contrat contraire à la loi, mais non pas, selon les auteurs, dans le contrat contraire aux bonnes mœurs : comment l'atteinte aux bonnes mœurs pourrait-elle être inconnue au temps de la conclusion sans que cette ignorance soit imputable à faute (59) ? D'ailleurs cette action n'offrirait peut être qu'un faible intérêt au regard des autres actions qui lui sont ouvertes : outre la *condictio*, il a en effet l'action délictuelle pour atteinte aux bonnes

à l'exploité qui ne peut être regardé comme participant au délit. Mais si le *solvens* est seul critiquable, n'y a-t-il pas un argument *a fortiori* pour refuser la répétition ? La pratique évitera naturellement ce résultat ; V. Lotmar, *Der unmoralische Vertrag, insbes. nach gem. Recht*, Leipzig, 1896, p. 174, n. 197. — Les lois usuraires n'avaient pas jugé inutile de statuer expressément sur la prétention du créancier, et admettaient même, selon une disposition venue des lois autrichiennes, que les sûretés, personnelles ou réelles, de la créance contractuelle, répondraient, malgré la nullité, de la restitution accordée par la loi au créancier des avantages pécuniaires par lui prestés. Disposition difficile à construire : pour une hypothèque, on aurait pu recourir au concept d'hypothèque légale ; mais pour une caution, il y avait quelque chose de singulier à la faire répondre d'une créance née de la loi et non des déclarations des parties ; il y avait seulement similitude dans le but économique, le dédommagement du créancier garanti (V. Raiser, *op. cit.*, p. 39).

(59) Comp. cep. Saleilles, *Bull. Soc. Et. lég.*, V, 1906, p. 229, n. 1 ; V. d'autre part M. d'Amelio, Per un progetto di legge sul contratto di lavoro, *Riv. di dir. comm.*, 1907, p. 238, qui réclame la réparation de tout le préjudice ; comp. encore Périn, *op. cit.*, p. 148, qui fait justement observer : « on ne comprend pas la prétention de l'ouvrier à affirmer qu'il devait s'engager chez tel patron déterminé, moyennant tel tarif déterminé qui serait le plus souvent un tarif de faveur promis par un patron concurrent et jaloux. Cette pratique entraînerait de nombreux abus ».

mœurs (§ 826), qui fournirait une réparation beaucoup plus étendue du dommage causé (60).

δ) *L'acte abusif source de responsabilité.*

Or, en restant sur le terrain du délit civil, on ne voit pas pour quel motif nous ne pourrions pas ne pas aboutir à la nullité absolue ; si la conséquence était obligatoire, la simple annulabilité pour dol et violence serait à peine explicable ; or le dol et la violence constituent des faits plus graves que les abus critiqués dans le droit récent ; ils ont été frappés plus tôt ; ils comportent chez le créancier plus d'initiative, car le bénéficiaire détermine le vice de la volonté, alors que l'état d'inexpérience, de légèreté, de besoin, préexiste à l'abus. L'exploiteur ne cherche pas à déterminer proprement à contracter ; ses victimes au contraire viennent au-devant de lui, mais il abuse de sa situation puissante pour les faire contracter à des conditions très onéreuses : dans l'abus de l'inexpérience et de la légèreté, peut-être retrouverait-on aisément les composantes de la notion de dol incident (61). L'abus du besoin seul troublerait plus profondément notre droit qui ne connaît pas, dit-on, de violence incidente ; mais le Code est muet autant sur le dol incident que sur la violence in-

(60) Selon les lois usuraires, le débiteur avait une seule action que la doctrine qualifiait plus volontiers délictuelle, elle se prescrivait par 5 ans (§ 3, al. 2 et 3). Aujourd'hui l'action délictuelle se prescrit par 3 ans (§ 852).

(61) On ne manquera pas de rapprocher l'ancienne théorie curieuse du *dolus re ipsa*, que l'on présumait en face d'une lésion énormissime (D. *Rép.*, Vo *Oblig.*, n° 200 ; Aubry et Rau, § 343 *bis*, n. 25, IV, p. 595) ; on lui oppose que le dol ne se présume pas (C. civ., 1116-2°), objection qui ne porte pas contre notre principe : l'abus doit être prouvé.

cidente ; et la violence qui ne serait plus déterminante, qui interviendrait seulement au cours des pourparlers pour faire accepter des clauses plus dures, ne serait plus *contra bonos mores* (62)? Il y a une hypothèse où le concept de violence incidente s'impose à notre jurisprudence : celle de la promesse pour assistance prêtée à un navire en danger. Les tendances stoïciennes du droit romain ont-elles déterminé les rédacteurs du Code à méconnaître le problème, alors que Pothier (63) accordait déjà une action en réduction de la récompense excessive ? Encore une fois il n'y a pas eu violence pour déterminer au contrat, mais la détresse du débiteur lui a fait accepter ou même proposer les conditions les plus dures pour lui ; le créancier, de son côté, abuse de la situation en voulant profiter de clauses aussi exorbitantes : le juge a le droit de réviser ces véritables rançons modernes. Comme pour le dol incident, cet abus donnera lieu à une indemnité « qui se traduira par un abaissement ou une restitution partielle du prix, selon qu'il sera encore dû ou déjà payé ». Cette solution nous paraît plus simple que celle qui admet la nullité pour défaut de consentement, démente passagère (64), et ac-

(62) Sur l'admission de la violence incidente dans la jurisprudence italienne, V. Giorgi, *op. cit.*, IV, n° 79 (cité par Perrin, *op. cit.*) ; V. aussi C. Montén., 518, 2.

(63) *Oblig.*, I, 24.

(64) On est parti de là pour admettre une responsabilité en suite de nullité, et on s'est demandé si la rémunération de l'assistant n'était pas fondée sur une *culpa in contrahendo* de l'assisté (V. par ex. B. Lacantinerie et Barde, *op. cit.*, I, n° 78). Opinion vraiment singulière à formuler, puisque la *culpa* est au contraire chez le co-contractant. Rien ne prouve mieux à quel point la doctrine moderne s'est refusée jusqu'ici à la combinaison des deux moyens de la responsabilité et de la nullité.

corde ensuite une rémunération à l'assistant pour l'exécution du service rendu (65).

Une systématisation féconde pourrait être obtenue du point de vue de l'abus de la liberté contractuelle, qui enchaînerait ces solutions acceptées à d'autres solutions nouvelles. Et si la jurisprudence reconnaît que la liberté de ne pas contracter est susceptible d'abus, comment refuserait-elle d'accueillir l'abus du droit de contracter ? Elle prend en considération le mobile illégitime pour critiquer le refus de contrat, et elle ne le pourrait, selon une théorie bien connue, dans le contrat lui-même. L'examen du juge s'arrêterait à la cause, c'est-à-dire au but générique de la convention qui ressort immuablement de l'opération à laquelle il se rattache, et par delà ne pourrait envisager les divers mobiles de fait qui présidèrent à l'acte (66). Déjà à cette théorie, cependant « étroite, artificielle et grossière » (67), on avait tenté de relier notre problème : Larombière notamment avait développé une conception vraiment originale de la lésion : il y voyait, non une présomption de vice du consentement, mais un défaut de cause suffisante (68) ; c'était ainsi comme un écho affai-

(65) Il y a, on le sait, toute une série de théories pour expliquer le quantum de cette rémunération : l'équité (Duranton, X, § 343) ; le devoir d'assistance mutuelle qui lie tous les hommes (comp. C. pén., art. 475-12°) ; l'action de gestion d'affaires, ce véritable protégé juridique, qui se révèle comme en mainte autre hypothèse, insuffisant théoriquement et pratiquement (Legros, *op. cit.*, p. 278).

(66) Sur l'examen de la théorie classique, V. encore L. Dubreuil, *Des mobiles dans les contrats*, Th. (Lyon) Paris, 1909, p. 41 ss.

(67) L. Josserand, *op. cit.*, p. 33.

(68) Larombière, *Oblig.*, I, art. 1131, n° 13. — Comp. sur cette théorie et quelques arrêts, Perrin, *op. cit.*, p. 149 ss., 164 ss., 170 ss. — V. encore Ripert et Teisseire, *Essai d'une théorie générale de l'enrichissement sans cause en droit français*, *Rev. trim.*, III, 1904, n. 2.

bli de la grande voix du moyen âge : ne pas s'enrichir sans cause en exploitant le prochain (69). Mais cette préoccupation ne pouvait se concilier avec la construction des interprètes du Code civil : leur notion de cause ne comporte ni insuffisance ni excès ; c'est un élément de droit qui n'a pas de mesure ; elle peut seulement être absente, et alors le contrat ne se forme pas, mais le caractère quantitatif est exclu du concept de cause. D'autre part la jurisprudence a déserté les formules classiques de la causalité ; elle prend en considération les mobiles légitimes d'activité ; ainsi elle critique parfois la conduite contractuelle dans son but d'ensemble, et ce qu'elle fait au nom de l'ordre social contre les parties, pourquoi ne le ferait-elle pas dans l'ordre des relations privées pour réprimer, comme le législateur allemand, « les abus auxquels peut donner lieu dans sa réalisation le principe de l'autonomie de la volonté », qui trouverait ainsi une finalité comme toute autre institution juridique (70) ? Qu'il n'y ait pas eu intention exclusive ni principale de nuire, cela n'est pas discuté : le créancier a voulu avant tout s'assurer un profit ; or le contrat est un moyen légitime de réaliser des profits, à condition cependant qu'ils ne soient pas absolument disproportionnés ; est-ce un but avouable que d'exploiter le prochain et la liberté contractuelle pourrait-elle servir de manteau pour couvrir des opérations aussi injustes ? Qu'il suffise de rappeler cette belle parole de Portalis que « le désir immodéré de s'enrichir aux dépens d'autrui ne saurait être un besoin ou une convenance légitime pour

(69) Brants, *op. cit.*, p. 5 ; V. aussi p. 28, n. 2, la citation de d'Aguesseau (*Œuvres*, 1819, XIII, p. 513 ss.).

(70) L. Jossierand, *op. cit.*, p. 34.

personne » (71). Certainement il n'y a pas d'autre mobile, mais combien le regarderont comme légitime si le sens public n'est pas absolument corrompu ?

Les nouvelles armes contre l'usure sont forgées contre le crédit irrationnel, l'exploitation déloyale ; elles s'attaquent à la personne du prêteur, de celui qui exploite. Très caractéristique est à ce point de vue l'évolution du droit anglais qui vise aujourd'hui une classe spéciale de personnes, celles qui exercent la profession de prêteur d'argent (*Persons carrying on business as Money-lenders*). On sait que la loi du 10 août 1854, votée sur la proposition de Gladstone, déclarait (art. 1^{er}) que « toutes les lois existantes contre l'usure étaient abrogées », ne laissant subsister une exception que pour l'industrie des prêteurs sur gages (*Pawnbrokers*), laquelle ne cessa d'être plus rigoureusement réglementée (Act du 10 août 1872). Des abus prodigieux s'étant révélés dans le commerce d'argent, le droit anglais a accédé à des formes de protection nouvelles, plus étendues que celles fournies par la juridiction d'*equity*, dans le *Money-lenders act* du 8 août 1900 (63 et 64 Vict., c. 51) ; désormais, sur une demande formée par un prêteur d'argent, « s'il est établi aux yeux du tribunal que les intérêts exigés sont excessifs eu égard à la somme réellement prêtée, ou que la somme portée à titre de déboursés, renseignements, clauses pénales, bonis, primes, renouvellements ou frais quelconques, est excessive, et que, dans l'un ou l'autre cas, l'opération est onéreuse et léonine, ou de telle nature qu'une Cour d'*equity* refuserait de la sanctionner, le tribunal peut modifier les clauses et conditions de ladite opération et établir un compte

(71) Précisément sur l'art. 1674 (Loché, XIV, p. 170).

entre le prêteur d'argent et la personne poursuivie » (72).

Une difficulté soulevée par l'interprétation de ce texte nous paraît spécialement intéressante : l'intérêt stipulé peut-il être de lui-même si excessif que, sans autre condition, il rende l'opération onéreuse et léonine (*harsh and unconscionable*) ? S'il en est ainsi, c'est le point de vue objectif de la lésion qui se trouverait restauré, toutefois avec une indépendance plus grande du juge. Une confusion assez grave résultait de la proposition : ou est d'autre part telle qu'une Cour d'*equity* refuserait de la sanctionner (or is otherwise such that a court of equity would give relief) : les premières décisions faisaient du nouveau statut une pure déclaration du droit existant, en interprétant les mots : *harsh and unconscionable*, comme exprimant simplement les motifs pour lesquels une Cour d'*equity* refuserait de la sanctionner ; il fallait donc lire le texte comme visant un contrat tel qu'une Cour d'*equity* refuserait sa sanction pour ce motif qu'il serait « *harsh and unconscionable* » (73). Ce point de vue fut à bon droit rejeté (74) : l'Act va au delà des décisions d'*equity*, il accorde sa pro-

(72) Trad. de Cugis, *Ann. législ. étr.*, 1900, p. 59 ss. — Voici le texte : « ... And there is evidence which satisfies the Court that the interest charged in respect of the sum actually lent is excessive, or that the amounts charged for expenses, inquiries, fines, bonus, premium, renewals, or any other charges, are excessive, and that, in either case, the transaction is harsh and unconscionable, or is otherwise such that a Court of equity would give relief, the Court may re-open the transaction, and take an account between the money-lender and the person sued. » — Sur l'usure en droit anglais, comp. Hugh H. L. Bellot, *The Legal Principles and Practice of Bargains with Money-lenders*, 2^e éd., Londres, 1906 ; C. Grenville Alabaster, *Money-lenders and Borrowers*, Londres, 1908.

(73) Ridley J., dans *Wilton v. Osborne*, 1901, 2 K. B. 110 ; Channell J., dans *Barnett v. Corunna*, *The Times*, 16 juin 1902.

(74) *In re a Debtor*, 1903, 1 K. B., 703.

tection là où l'equity l'aurait refusée ; mais précisément quelle innovation apporterait-il s'il ne permettait de modifier le contrat dès que l'intérêt serait simplement excessif (75) ? Pour le comprendre, il faut se reporter à la doctrine d'equity antérieure (76) : or, tant que les lois usuelles ne furent pas abrogées, les contrats contraires étaient annulés en dehors de toute circonstance de caractère léonin qui pouvait les avoir accompagnés. Mais, après l'abrogation de ces lois, les Cours d'equity ne se désintéressèrent pas de tous les abus qui pouvaient se commettre ; mais elles n'accordaient cependant pas leur protection simplement parce que les charges ou intérêts étaient excessifs, elles prenaient considération de la conduite et de la situation des contractants : à ce point de vue, leurs décisions visèrent principalement une classe d'ailleurs vaguement définie de personnes, les « expectant heirs ». Or ce n'était pas là une jurisprudence arbitraire, car cette classe de personnes, qui engagent leurs expectatives successorales, se trouvent dans une situation inégale, astreintes au secret, n'ayant pas l'assistance des amis et parents, bonne matière à exploiter par un usurier, alors que surtout l'on peut compter sur la crainte du scandale pour forcer les parents à payer les dettes de jeunes fils de famille sans expérience.

(75) Les motifs de certaines décisions semblaient le dire ; v. par ex. Collins M. R., dans *In re a Debtor* (cité *supra*) : « *Relief may be given if the bargain is harsh and unconscionable, by reason of excessive interest, or other excessive charges* » ; V. encore Cozens-Hardy L. J., dans *Wells v. Allott*, 1904, 2 K. B. 842 ; et dans *Poncione v. Higgins*, 21 T. L. R., 11 : « ... *it was possible that the interest might be deemed so extravagantly excessive as alone to satisfy the court that the interest was harsh and unconscionable.* » V. sur ces points, J. Bridges Matthews, *op. cit.*, p. 39 ss.

(76) L. J. Sturge, *The construction of the Money-lenders Act, The Law Quart. Rev.*, XXII, 1906, p. 246.

Sans que le contrat fût attaquant pour les motifs ordinaires (misrepresentation, fraud, undue influence), dans des cas où il y avait contrainte des circonstances plutôt que des individus, le juge d'equity tenait compte de l'inégalité des situations, du caractère déloyal de l'affaire, sans s'arrêter cependant à la simple insuffisance de la cause. Dès cette époque, les mots : *harsh and unconscionable*, furent fréquemment employés dans les décisions d'equity, et on ne peut voir là une pure coïncidence puisque ces décisions furent discutées dans l'enquête de la Chambre des Communes qui aboutit à l'Act de 1900 ; on peut en tirer qu'une « *harsh transaction* » signifierait un acte auquel un homme raisonnable n'aurait pas accédé à moins d'une grande détresse (to which a reasonable man would not have acceded unless in great distress), et serait « *unconscionable* » un contrat dans lequel un avantage peu consciencieux a été tiré de la position de l'emprunteur (an unconscientious advantage has been taken of the position of the borrower) (77). Toute la difficulté était de savoir dans quelle mesure la doctrine d'equity, volontairement peu délimitée, serait étendue en dehors de la classe des « *expectant heirs* » ; et il y avait au moins quelques décisions pour dire que toute l'importance de la protection se rattachait, non à cet état déterminé, mais au fait de profiter sans conscience de la faiblesse de l'emprunteur (78). Mais à la vérité, il pouvait y avoir in-

(77) V. les décisions citées par Sturge, *loc. cit.*, p. 216.

(78) Sturge, *loc. cit.*, p. 220 s. ; Mathews, *op. cit.*, p. 66 ss. — La décision extensive la plus fréquemment reportée était *Nevill v. Snelling*, 15, Ch. D. 703 où Denman J. disait : « I can find no case which decides that the interference of the Court is limited to cases in which the dealings have been with *expectant heirs* or *reversioners*, or to cases in which the dealing has been one in relation to the expectancy ; and I gather from the expressions used in several

certitude sur la portée de ces décisions, et l'on peut admettre que l'intention du Parlement a été d'étendre cette protection à toutes les hypothèses de contrat «harsh and unconscionable».

Cela ne nous autorise donc pas à admettre que pour simple raison d'« interest excessive », l'affaire puisse être regardée comme onéreuse et lésionnaire. Et il en fut ainsi jugé dans une espèce décisive (79) : il s'agissait d'un prêt de 100 livres pour lequel était souscrit un billet de 150 livres, payable par douze versements mensuels de 12 livres 10 sh. ; l'emprunteur était un homme d'affaires, directeur d'une société, ayant un revenu qu'il évaluait à 1.000 livres par an ; il n'était pas en une nécessité grave, il voulait simplement satisfaire quelques créanciers qui le pressaient, alors cependant qu'aucune exécution ou mesure analogue n'était imminente, et il préférait payer ces 50 livres supplémentaires plutôt que de révéler son embarras temporaire à quelques amis qui lui auraient sans doute prêté ou fait prêter à de meilleures conditions. Il arrêta ses versements au moment où le taux d'intérêt payé ressortait à 30 0/0, déclarant que le surplus constituait un intérêt excessif selon le Money lenders Act. Mais l'application de ce texte fut repoussée : en fait le défendeur n'avait

of the cases, that if the transactions are such as to show that the money-lender has throughout been unconscientiously trading upon the weakness of the borrower,... especially if there be any unfair dealing in the course of the transactions which are before the Court, the Court will so far restrain the transaction as to compel the money lender to be satisfied with the sums advanced and fair interest for them. »

(79) Par M. J. Channell, *Carringtons Limited v. Smith*, 1906, 1, K. B., 79. — V. sur l'ensemble de l'affaire, J. Bridges Mathews, *op. cit.*, p. 109 ss.

fourni aucune sûreté, le prêteur avait accepté ses déclarations personnelles de solvabilité, non corroborées autrement que par une possession apparente de tableaux et meubles qu'il évaluait à 6.000 livres. Un taux d'intérêt élevé étant exigé, l'emprunteur qui comprenait parfaitement la transaction, qui connaissait les faits beaucoup mieux que le juge ne peut les connaître, accepte de payer ce taux et ainsi il tendait à faire croire au prêteur que le risque était plutôt plus grand ; en fait le prêteur ne pouvait perdre parce que l'emprunteur était en mesure de payer les versements mensuels, mais il n'en résulte en aucune manière que les plaignants connaissaient ou devaient avoir connu combien l'affaire était sûre en effet (*but it by no means follows that the plaintiffs knew or ought to have known how safe the matter really was*). Le juge s'élève contre cette conception de sa fonction qui lui donnerait un pouvoir déréglé de réformer toute convention qu'il tiendrait pour excessive : l'Act a fait un effort, peut-être infructueux, pour définir les contrats attaquables. A la vérité, on doit reconnaître que le vague domine (80). Si les mots

(80) « The difficulty is that the words remaining are so vague. Harsh and unconscionable are not easy words to construe when the rules of the Court of equity have been put out of consideration, but they are at any rate used to describe some conduct of money-lender, and it may be easy enough in many cases to say whether or not his conduct can be fairly described by those epithets. There is a much greater difficulty as it seems to me in the word « excessive ». It is a relative word — exceeding what? Interest is nothing but the sum to be paid for the use of money for a certain time ; and the value of a loan of money, as of everything else, is what it will fetch. The usury laws have been done away with, and the Legislature seems to have intentionnally avoided re-enacting them and telling us what is to be the maximum of lawful interest. » Sur l'impossibilité de comprendre un taux par soi seul excessif, surtout dans les prêts sans sûretés, V. encore les déclarations de M. Darling J.,

« harsh and unconscionable » sont en tous cas employés pour décrire une certaine conduite du prêteur, et s'il peut être assez facile en beaucoup d'espèces de dire si sa conduite mérite ou non ces épithètes, il y a une autre difficulté plus grave dans le mot « excessive », parce qu'aucune mesure n'est fixée de l'excès. Les lois d'usure ont été abolies et le Parlement semble avoir voulu éviter de les remettre en vigueur en fixant un maximum. Concernant les modifications à apporter au contrat, l'Act donne d'autre part au juge le pouvoir d'estimer ce qui raisonnablement doit être dû, eu égard aux risques et à toutes les circonstances (... such interest as the Court, having regard to the risk and all the circumstances, may adjudge to be reasonable); or, parmi toutes ces circonstances de la cause, il faut tenir compte de la faiblesse, de l'ignorance, du besoin de l'emprunteur, mais lorsque seulement cet état était connu du prêteur : alors celui-ci peut être tenté en effet de faire une trop bonne affaire sur cet individu qu'il sait à sa discrétion. Ce qui est donc essentiel, c'est que les parties traitent raisonnablement dans des conditions d'égalité (on terms of equality) (81) ; une lacune de force mentale ou autre infériorité personnelle par rapport au niveau normal d'intelligence et de capacité, quoique ne constituant pas une propre incapacité selon la loi générale du contrat, peut néanmoins rendre la

dans *Samuel v. Miles* (cité par J. Bridges Matthews, *op. cit.*, p. 130). Il faut donc, comme dans les anciens cas d'*equity*, qu'il y ait une conduite déloyale (*unfair dealing*), un abus, et non pas une simple inéquivalence objective (*undervalue*).

(81) V. ces termes employés dans *Poncione v. Higgins* (21 T. L. R. 44) par Vaughan Williams L. J., et dans *Part v. Bond* (21 T. L. R. 553) par Mr. Joyce J. (cités par J. Bridges Matthews, *op. cit.*, p. 119, 121).

transaction onéreuse et léonine, si elle est connue du prêteur qui en tire avantage ; et tel ne serait pas le cas alors que l'emprunteur était un homme dont la capacité d'affaires s'était affaiblie en suite d'habitudes d'intempérance, mais alors que cela n'était pas perceptible à l'observateur ordinaire et que le prêteur en fait pensait traiter avec une personne normale (82). Il faut donc le fait du prêteur parce que les mots « harsh and unconscionable » se réfèrent à la conduite du prêteur et que des conséquences qu'il n'a pas connues ne sauraient être relevantes quant à la moralité de sa conduite. Il serait au contraire justement critiquable s'il était lui-même la cause des circonstances de gêne et d'embarras où se trouve l'emprunteur, et si celui-ci était absolument à sa merci, et dans sa situation désespérée ne pouvait en passer que par ses mains.

Si l'on s'arrêtait à la considération du besoin, on critiquerait ce qui est tout à fait conforme aux lois économiques : car plus l'emprunteur est dans le besoin, plus le risque est grand, et plus le taux d'intérêt doit être élevé. Il y a des gens qui sont toujours dans le besoin, et si l'on voulait critiquer leurs contrats pour cette unique raison, on ruinerait toutes les bases de la vie sociale : il faut que le besoin s'éclaire par l'abus ; la condition de l'exploitation est donc celle à laquelle il convient le plus fortement de s'attacher. Dans ces limites, nous ne croyons pas qu'il soit besoin d'un texte pour faire pénétrer cette notion nouvelle dans notre jurisprudence ; il n'y a là manifestement qu'une application de la responsabilité par abus des droits : le dommage, c'est la lésion ; l'occasion du dom-

(82) *Saunders v. Newbold*, 1905, 1 Ch. 260, et les développements de J. Bridges Matthews, *op. cit.*, p. 53 ss.

mage, c'est l'état d'inexpérience, de légèreté, de besoin de l'une des parties ; la cause, c'est l'abus de la puissance économique en vue de l'extorsion d'un profit immodéré et illégitime. Pour ce qui est de la sanction, c'est un point sur lequel nous reviendrons en étudiant les rapports de la responsabilité et de la nullité.

Hors de notre domaine reste l'examen de la valeur pratique des nouvelles tendances ; déjà on critique chez les juristes leur inefficacité à protéger les individus contre eux-mêmes, les déceptions inévitables qui suivraient les illusions enthousiastes, l'intervention inopportune de la politique juridique pour remplir un programme économique et social (83). On réclame une protection spéciale des agriculteurs contre les entreprises de l'homme de commerce, et déjà sur la valeur de cette législation de classes, les défenseurs du monde agricole eux-mêmes se montrent sceptiques (84) ; étant donné l'élévation des frais de justice, la concession de nouvelles actions serait sans valeur si le syndicat agricole ne prenait pas la cause en mains : ainsi les agriculteurs seront obligés de recourir au syndicat, et peut-être alors prendront-ils l'habitude d'y recourir plus tôt, pour l'achat même de leurs matériaux et de leurs engrais : c'est donc l'esprit syndical, comme aussi l'instruction agricole, qu'il convient d'abord de développer (85). Pour

(83) Sur la proposition Garofalo du 9 mai 1910, visant l'abus des besoins, de l'inexpérience, de la légèreté, de l'ignorance ou de l'excitation d'esprit du débiteur, R. Fubini (*Rev. trim.*, 1910, p. 691) estime « que le droit privé est impuissant à violer les lois économiques » et qu'il ne peut y avoir que des remèdes d'ordre économique. — V. déjà pour le droit italien sa récénsion du projet Gianturco et du rapport Sraffa, *Rev. trim.*, 1907, p. 474.

(84) C. V. Garola, *Engrais*, 2^e éd., Paris, 1906, p. 331 ss.

(85) Lerebours-Pigeonnière, *Rev. trim.*, 1903, p. 240.

la lèpre éternelle de l'usure, on ne s'en délivrera qu'en organisant le crédit sain, en développant l'action des coopératives de crédit ; l'action de l'Etat a même pris des formes préventives plus énergiques et plus efficaces lorsque, en Russie, il supprima l'exploitation du cabaretier-usurier en établissant le monopole de l'alcool (86) ; mais de toute manière on ne devra pas compter à l'excès sur les larges pouvoirs du juge, dont la fonction n'est pas de paralyser l'activité de commerce. Enfin 'on cherche à atteindre l'exploitation d'une fraction de la 'population ouvrière par certains intermédiaires peu scrupuleux (sweating-system) ; or, sur ce point peut-être les juges ne se sentiront pas encore disposés à prendre ces audaces réformatrices auxquelles on les convie, rôle aristocratique très ingrat ; d'ailleurs il ne s'agit plus de ces abus individuels, assez rares en somme pour qu'on ait pu dire qu'il y avait dans leur prévision « plus d'idéologie que de pratique vraiment vécue » (87), car précisément le sweating-system n'est un danger que parce qu'il existe à l'état endémique dans certaines professions ou régions ; or on ne voit pas le juge déclarant nuls tous les contrats de telle profession

(86) Allix, *Traité élém. de sc. des finances et de législ. fr. des fin.*, Paris, 1907, p. 472 ss.

(87) Thaller, *Bull. Soc. Et. législ.*, 1906, p. 159 ; comp. la discussion qui s'est poursuivie à cette société entre M. Berthélemy (p. 155) qui ne voudrait pas qu'on recherchât, par delà le concours de volontés conscientes, s'il y a équilibre entre les mobiles déterminants des volontés ; M. Colson (p. 172) qui, comme économiste, remarque que l'article 11 du projet sur le contrat de travail, loin de contredire, consacre la loi de l'offre et de la demande ; au contraire M. R. Jay (p. 176) défend ce point de vue que le juge aurait le pouvoir de modifier les prix et conditions en usage dans la profession ou la région ; comp. aussi Escarra, p. 245. Mais v. Saleilles, p. 232 ; Perreau, Rapport sur le projet de loi relatif au contrat de travail, *Rev. crit.*, 1907, *N. S.*, t. 36, p. 290.

ou telle région, et ordonnant ainsi par sa sentence la grève générale (88). C'est à l'initiative de prévision, privée ou publique, qu'il faut demander d'accomplir sa tâche, et ce n'est que dans les cas extrêmes, ceux qui confondent la théorie pure, que le principe juridique dégagé par le droit contemporain exercera sur les divers milieux sociaux son action bienfaisante.

(88) M. d'Amelio, *loc. cit.*

V

LES EFFETS DE LA RESPONSABILITÉ PRÉCONTRACTUELLE. INTÉRÊT NÉGATIF ET NULLITÉ.

§ 1. — L'action en dommages-intérêts.

I. — *L'intérêt contractuel négatif.*

Ihering défend sur les sources ce point de vue que le contrat n'est pas valable : l'admission des dommages-intérêts n'y fait pas obstacle, et il établit la séparation des deux domaines de la nullité et de l'inexécution par la célèbre distinction de l'intérêt contractuel positif et de l'intérêt contractuel négatif (1). Le premier, c'est l'intérêt

(1) *Op. cit.*, n° 9, p. 16 ss. ; Saleilles, *Oblig.*, n° 153 ; Melliger, *op. cit.*, p. 24 ss. ; Legros, *op. cit.*, p. 40 ss., 280 ss. — L'expression : negative Vertragsinteresse, vient de Ihering (Brock, *op. cit.*, p. 13, n. 1), si la chose est déjà dans Savigny (III, § 138 d) et Mommsen (*Beitr.*, I, p. 107). — Dans l'état de la législation allemande, elle doit être abandonnée puisque l'intérêt négatif peut être exigé même sur des actes unilatéraux (§§ 122, 180), et même l'inefficacité de l'acte ne constitue plus, dans certaines hypothèses spéciales, une condition de l'action : ainsi le donateur qui dissimule dolosivement son défaut de droit ou un vice de la chose donnée doit indemniser le donataire du dommage qui en résulte (§§ 523-1, 524-1) ; ces derniers mots un peu vagues (daraus entstehender Schade) doivent s'entendre de l'intérêt négatif selon le *Protokolle*, II, p. 27 ss. : le donateur doit réparer le dommage qui résulte pour le donataire de sa croyance légitime trompée : aussi Zitelmann avait proposé le nouveau terme de Vertrauensinteresse. — Comp. l'indemnité en matière de fiançailles (C. civ. all., §§ 1298 ss.),

d'exécution (Erfüllungsinteresse), la dette d'indemnité qui sera due au cas où le débiteur n'exécute pas, avec son mode d'évaluation traditionnel ; mais l'admission de la nullité doit avoir pour conséquence de modifier le quantum des dommages-intérêts : le débiteur ne peut avoir à fournir réparation du dommage causé par l'inexécution : il n'a pas à exécuter cette convention qui est inefficace ; mais on peut lui reprocher d'avoir engagé son adversaire dans cette voie sans issue et d'avoir ainsi détourné son activité et orienté sa confiance dans une direction illusoire. Le créancier obtiendra donc l'intérêt qu'il aurait eu à ne pas s'engager dans un contrat nul ; ce « Negative Vertragsinteresse » comprendra d'abord la réparation des pertes subies : ces pertes, ce seront les frais de toute sorte faits en vue de la conclusion d'un contrat (frais d'acte, d'expédition, d'entrepôt, de douane), ou même sur l'exécution du contrat quand l'inefficacité n'a été déclarée ou prononcée qu'après cette époque (déménagements et pertes de résidence, impenses faites sur la chose vendue). Sur ce premier élément de la responsabilité, aucune différence n'apparaît encore entre les diverses actions en indemnité. Au contraire, pour le gain manqué : il ne peut être calculé sur le bénéfice qui aurait été retiré de l'exécution du contrat ; mais si le créancier n'avait pas été engagé dans un acte nul, il aurait peut-être passé un autre contrat, il a pu ainsi manquer une occasion avantageuse qui ne se retrouvera plus ; il a pu simplement négliger d'en rechercher une en temps utile, et de ceci il doit lui être tenu compte.

Malgré l'opinion de Ihering, il est douteux que cette distinction subtile ait été connue des Romains, et on s'accorde en général à dire que les textes ne sont pas pro-

bants : là où ils concèdent l'*actio emti*, comment ne pas l'entendre dans le sens de la prestation de l'intérêt positif (2) ? D'autre part, les mots : *quod interfuit ejus ne deciperetur, quod sua interest deceptum non esse*, sont loin d'être décisifs ; l'*interest ne decipitur* peut signifier simplement l'intérêt que l'acheteur avait à être éclairé sur le véritable état de choses ; il y a une déception dans ses espérances, mais précisément l'intérêt qu'il avait à ne pas la subir, c'est l'intérêt correspondant à l'exécution désirée (3). Ihering avouait lui-même que les textes relatifs à la vente d'une hérédité inexistante n'étaient pas très concluants, et cependant c'est dans cette hypothèse que la nullité est le mieux affirmée : Javolenus distingue la vente de l'hérédité d'autrui et la vente d'une hérédité inexistante : pour cette dernière, il n'y aurait pas lieu à *æstimatio*, le vendeur devrait simplement rendre le prix et les impenses de l'acheteur ; mais précisément Paul ajoute : *et si quid emtoris interest* (4). Antérieurement à Ihering, la plupart des romanistes, surtout ceux qui faisaient appel à l'idée de garantie, entendaient l'obligation du vendeur dans le sens de la prestation de l'intérêt d'exécution (5) ;

(2) Girard, *op. cit.*, p. 441, n. 3, *in fine*.

(3) Leonhard, *Zeitschrift f. d. ges. Recht.* XXVI, 1881, p. 294.

(4) Voici le texte : « *Quod si nulla hereditas ad venditorem pertinet, quantum emtori præstare debuit, ita distingui oportebit, ut, si est quidem aliqua hereditas, sed ad venditorem non pertinet, ipsa aestimetur, si nulla est, de qua actum videatur, pretium dumtaxat et si quid in eam rem impensum est emtor a venditore consequatur. . et si quid emtoris interest* ». — V. cep. Melliger, *op. cit.*, p. 44 s.

(5) Cependant Cujas semble faire une différence entre le cas du *venditor sciens* qui doit l'*id omne quod interest*, et du *venditor ignorans* qui doit bien l'intérêt positif, mais pas au delà de la valeur de la chose. Il ne justifie pas autrement cette différence remarquable (Brock, *op. cit.*, p. 39 ss.).

après lui, le concept d'intérêt négatif a été toujours plus vivement contesté : nombreux sont ceux qui, avec Hartmann, pensent que son caractère peu pratique contredit le sens sain de la jurisprudence classique (6).

En effet, recherche-t-on si le créancier, à la place du contrat inefficace, aurait conclu un autre contrat, et quel bénéfice il en aurait retiré, on entre dans le domaine des hypothèses arbitraires, on excède en général les possibilités de preuve. Et il n'est pas exact d'objecter avec Eisele (7) que la détermination du *lucrum cessans* dans l'évaluation de l'intérêt positif soulève des difficultés aussi graves ; et, s'il en était ainsi, il serait encore plus malaisé d'affirmer la distinction mouvante que l'on propose entre les deux formes d'*interesse*. On fixe, il est vrai, quelques présomptions parce que le plus souvent il faudra recourir à l'expérience moyenne et se contenter d'approximations (8) : la notion du gain manqué devrait être étroitement circonscrite pour ne pas sacrifier celui qui lutte *de damno vitando* ; on s'efforcerait de parvenir à l'établissement d'une mesure normale calculée sur la moyenne des rela-

(6) Hartmann, *Werk und Wille beim sogenannten stillschweigenden Consens*, *Archiv f. d. civ. Praxis*, t. 72, 1888, p. 214, n. 41 ; v. aussi Bekker, sur l'ouvrage de Zitelmann : *Irrtum und Rechtsgeschäft, Krit. Viertelj. f. Ges. und Rechtsw.*, t. 22, 1880, p. 57 ss.

(7) Ueber Nichtigkeit obligatorischer Verträge wegen Mangels an Willensübereinstimmung der Contrahenten, *Jahrb. f. Dogm.*, N.F., XIII, 1887, p. 502.

(8) Legros, *op. cit.*, p. 281 ss., le reconnaît sur les objections de Bähr (Ueber Irrungen im Kontrahieren durch Mittelspersonen, *Jahrb. f. Dogm.*, VI, 1863, p. 305 ; Irrungen im Kontrahieren, *Jahrb. f. Dogm.*, XIV, 1875, p. 422). Eisele (*op. cit.*, p. 501) admettait aussi que pour le droit commercial, le législateur devait, sans autre exigence de preuve, admettre l'intérêt positif. Comp. encore O. Gradenwitz, *Anfechtung und Reurecht beim Irrtum*, Berlin, 1902, p. 37.

tions : le contrat manqué portait-il sur un objet peu répandu, était-il de nature à se conclure rarement ? Le juge n'admettra que difficilement une indemnité à ce titre. Le contrat était-il de nature à se conclure fréquemment, alors peut-être aussi faudra-t-il tenir compte de ce que le gain n'a pas été manqué d'une manière définitive, mais seulement retardé sans autres pertes jusqu'à une nouvelle occasion.

Eisele (9) remarque, d'autre part, que nous devons rechercher moins ce qui est pratique que ce qui est juste ; mais sur ce terrain aussi la valeur de l'intérêt négatif est contestée, et beaucoup y voient une invention malheureuse du droit nouveau. En admettant la preuve possible, on fait dépendre le droit du créancier, défini cependant comme un droit juste, du pur hasard des événements (10) ; et cependant accorder qu'il a eu de justes raisons de croire à la validité du contrat, n'est-ce pas déjà reconnaître qu'il pouvait compter sur son exécution ? Il est tout à fait notable que Ihering, qui établit à grand'peine une assimilation dans les causes de la responsabilité entre le contrat inefficace et le contrat efficace en fasse sortir une différence dans les effets. Mais cette distinction ne peut être poursuivie parce que l'évaluation de l'intérêt négatif est trop capricieuse, son étendue trop variable (11). Il peut à la vérité

(9) *Op. cit.*, p. 502.

(10) Leonhard, *D. allg. Teil d. B. G. B.*, p. 503 ; Strohal, *Jahrb. f. Dogm.*, N. F., XXII, 1893, p. 357 ss.

(11) Il y a, à la vérité, des auteurs qui font un grand mérite de cette élasticité, notamment Unger (*Zeitsch. f. d. privat u. öff. Recht der Geg.*, XV, p. 679) : « Ein grosser Vorzug des negativen Vertragsinteresses ist ja gerade seine Elasticität. Es schmiegt sich den konkreten Verhältnissen an und hat nach Verschiedenheit der Sachlage einen verschiedenen Umfang. » Si la libre appréciation du juge

se réduire à rien, comme pour une erreur qui aurait été rectifiée sur-le-champ et ne laisserait « que le désagrément d'être désappointé ». Mais il peut s'élever aussi haut que l'intérêt positif, s'agissant par exemple d'une vente d'articles de mode qu'au temps de l'annulation personne ne voudrait plus porter. Enfin il peut être supérieur même à l'intérêt d'exécution : A offre à B un immeuble à acheter, et la modération du prix le détourne de passer contrat avec C ; mais le contrat passé avec A est nul ; B peut-il réclamer à A, au titre de l'intérêt négatif, le gain très élevé qu'il aurait retiré de l'achat de l'immeuble de C, qui dans l'intervalle a été l'objet d'une expropriation pour utilité publique ? On s'accorde généralement à admettre que l'intérêt négatif ne pourra dépasser l'intérêt positif, et telle est la solution du Code civil allemand (§§ 122, 179, 307), parce que, dit-on, il ne faut pas rendre illusoire cette pensée que la loi veut diminuer l'obligation et voit dans l'intérêt négatif une conciliation des intérêts (12). On n'insiste pas assez sur ce tempérament d'é-

peut s'en rapporter à une évaluation sous serment du dommage par le lésé (§ 287, Civ. Proz. Ord.), l'observation de Kohler sur la multiplication des procès reste toujours exacte.

(12) *Motive*, I, p. 193 ; Brock, *op. cit.*, p. 207. — Cette limitation, formellement établie par le paragraphe 307 (*jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, welches der andere Teil an der Gültigkeit des Vertrages hat*), laisse ainsi reconnaître que le Code civil allemand n'a attaché aucune importance à cette ancienne objection que l'évaluation de l'intérêt d'exécution concernant les choses hors du commerce était impossible : on peut taxer une place publique comme une surface de même étendue d'un domaine privé. A l'inverse du droit romain, le droit français comprend, dans les conséquences de la garantie d'éviction, le droit à la restitution du prix, en dehors d'une estimation de la chose vendue ; par la nullité l'acheteur peut aussi répéter le prix qui est sans cause aux mains du vendeur. Inexécution et nullité se rapprochent donc, si la garantie se fait

quité qui ruine les bases du système : il ne faut pas oublier qu'une des raisons d'être de l'action est l'inefficacité de l'acte juridique, et si la preuve en est décisive pour son succès, comment expliquer qu'une indemnité qui, dit-on, en résulte, soit ramenée au niveau de celle qui naît des pré-suppositions contraires (13) ?

Il y a là une grave objection contre ceux qui prétendent que la responsabilité de l'intérêt négatif est conforme aux principes généraux, et qu'en l'absence de textes on devrait l'admettre selon une appréciation exacte du lien de causalité (14). La loi, et même la loi allemande, reconnaît une connexion plus forte entre la responsabilité et le contrat : elle fait, au moins pour la simple *culpa*, de l'intérêt à l'efficacité du contrat une réparation maximum; elle sépare parfois (§ 179) les hypothèses de dol et de faute pour leur faire correspondre corrélativement l'intérêt positif et l'intérêt négatif. Or, selon la mesure de la causalité (15), le débiteur devrait rétablir l'état qui aurait existé si la circonstance obligeant à réparation n'était pas

valoir selon le principe de l'article 1184 (Planiol, II, n° 1504). Il n'y aurait de distinction entre les actions que sur le montant des dommages-intérêts supplémentaires.

(13) La tentative de Legros (*op. cit.*, p. 44) d'expliquer la limitation par les principes du droit contractuel et l'article 1150 qui limite les dommages-intérêts aux prévisions possibles des parties, renverse le sens de cette disposition qui édicte un minimum et non un maximum; ainsi ne peut-elle expliquer, comme toute théorie contractuelle, comment les prévisions des parties se sont arrêtées à l'intérêt négatif, là où il est inférieur au positif.

(14) Brock, *op. cit.*, p. 204 ss.

(15) On a fait remarquer que l'interprétation de l'article 42 de la loi du 24 juillet 1867 donnait à la responsabilité une mesure qui dépassait la stricte causalité (Huguency, *op. cit.*, p. 241 ss.). L'article 5 de la loi du 1^{er} août 1893 l'a ramenée au dommage résultant de l'annulation.

survenue ; et on ne peut déterminer cet état autrement que comme l'état qui aurait existé si le contrat inefficace n'avait pas été conclu ; il faudrait donc accorder réparation de tout ce dommage que, sur cette confiance créée, on pouvait vraisemblablement attendre selon le cours naturel des choses (16). Mais il y a des auteurs qui pensent qu'un passage plus direct de la responsabilité au contrat résulterait au contraire du jeu naturel des actions en réparation, et telle est spécialement l'opinion de M. Thaller (17) : cet auteur examine l'hypothèse où un vice d'omission dans une lettre de change est réparé ou coloré après coup, de telle manière que les tiers ne peuvent le connaître : ainsi dans le cas où le porteur, voyant que la mention de valeur fournie fait défaut, la complète d'une écriture se rapprochant de celle du tireur, puis l'endosse : les porteurs de bonne foi qui ont fourni la valeur de l'endossement, ont un droit acquis contre le tireur à se prévaloir des effets d'une lettre de change régulière. Cependant sur quelle base appuyer cette solution ?

(16) Lorsque la limitation à l'intérêt positif n'est pas prévue formellement, comme dans le C. civ. all., §§ 523-I et 524-I, on ne peut y suppléer et l'appréciation du dommage négatif se fait dans toute son étendue causale ; il s'agit, il est vrai, d'une hypothèse de dol (mais V. alors le § 663). — Les auteurs admettent en effet que l'action en réparation de l'intérêt négatif n'exclut pas la possibilité d'appliquer les textes relatifs aux actes illicites : l'action de dol donnera une réparation intégrale (Brock, *op. cit.*, p. 140 s., p. 91, n. 35 ; Titze, *Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichem Recht*, Leipzig, 1900, p. 229, n. 30 ; Schollmeyer, *Kommentar zum Recht der Schulverhältnisse des B. G. B.*, 1900, § 307, n. 3).

(17) *Op. cit.*, nos 1371 s. — V. encore sur une objection de A. Pichon, *L'inopposabilité des exceptions au tiers porteur de bonne foi*, Th. Paris, 1904, p. 134 ; Thaller, De la nature juridique du titre de crédit, *Ann. de dr. comm.*, 1906, p. 142, n. 2.

M. Thaller repousse le système allemand de l'obligation abstraite : « On peut donner effet à ces traites, dit-il, tout en suivant les raisonnements ordinaires du droit. Dans ces différents cas, en effet, le tireur a commis une imprudence de nature à surprendre la bonne foi des personnes qui viendront plus tard au titre. C'est une faute que de délivrer un blanc-seing, que de mettre en circulation un effet incomplet, que de ne pas détruire un projet de lettre de change abandonné. Le tireur sera donc tenu *ex delicto* vis-à-vis des tiers dans tous ces cas. Mais cette obligation quasi-délictuelle ne donnera plus l'équivalent d'une lettre de change, en ce qui concerne la compétence, la prescription, les délais de grâce, etc... ! Ce point de vue est inexact. L'auteur d'un délit doit remettre la personne qui en souffre exactement dans le même état que si le délit n'avait pas eu lieu ».

Arrêtons-nous sur cette dernière proposition ; si le délit n'avait pas eu lieu, l'acte juridique n'aurait pas été constitué, même en apparence ; si on n'avait pas délivré un blanc-seing, si on n'avait pas mis en circulation un effet incomplet, si on avait détruit le projet de lettre de change abandonné, aucun lien juridique n'aurait existé entre les diverses personnes liées à la circulation du titre ; le principe de réparation ne peut nous conduire qu'à rétablir cet état économique antérieur troublé par l'intervention malencontreuse de l'effet. Il se peut, à la vérité, que ce rétablissement soit peu pratique, et que, pour éviter l'enchevêtrement des actions en restitution, on préfère accueillir l'efficacité de l'acte (18). Mais il n'y a plus là une simple

(18) Tous les auteurs reconnaissent qu'on n'en peut revenir au système des condamnations pécuniaires de Gaius, V. des exemples de réparations ou restitutions plus adéquates dans Bourcart, note

réparation du préjudice causé, une liquidation de la situation passée dans le mode de dédommagement le plus général. En vain voudrait-on utiliser l'opposition de la réparation en nature et de la réparation par argent ; la réparation en nature de l'intérêt négatif est parfaitement concevable, mais d'une autre manière : B a acheté à un prix avantageux un immeuble à A ; en réalité le contrat est nul, mais B l'ignore et, satisfait de cette occasion, il décide de se retirer des affaires et cède son fonds de commerce à C ; si, l'inefficacité prouvée et constatée, A parvient à décider C à résilier le contrat de cession, B reprendra la direction de son commerce, et s'il ne se plaint d'aucun autre dommage, il aura été restitué en nature. L'idée d'une réparation en nature ne peut nous conduire à modifier la force obligatoire de l'acte : il y aurait dans cette entreprise directe une privation de droit ; ainsi l'esprit se trouve naturellement conduit à l'idée d'une peine privée (19) : on passe du droit réparateur au droit préventif.

S. 1906.2.243 ; ou Demogue, *Rev. trim.*, V, 1906, p. 256. « Le tiers qui achète dans ces conditions, qui aide à commettre un acte déloyal, commet lui-même un acte fautif qui entraîne sa responsabilité. Les conséquences de cette responsabilité devront se dérouler conformément à ce principe, qui nous paraît certain, que les juges doivent accepter la réparation de tout délit civil de la manière la plus adéquate, la mieux appropriée pour effacer tout dommage. Or ici c'est certainement en obligeant le tiers à restituer l'immeuble qu'il a acquis malhonnêtement que la réparation sera la plus parfaite. »

(19) Pour les rapports de la peine privée et de la nullité, V. L. Huqueney, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, Th. Dijon, 1904, p. 154 ss. ; Jacomet, *Essai sur les sanctions civiles de caractère pénal en dr. fr.*, Th. Paris, 1905, p. 44 ss. — Une illustration très caractéristique est fournie par les articles 356 ss. du Code de commerce. — Comp. encore Code civil, art. 900, 792 et 1460, et toutes les hypothèses de déchéance, d'indignité, etc...

Cette transition est précieuse : « Il serait insupportable, écrit M. Josserand (20), que le titulaire d'un droit pût émettre la prétention de le fausser indéfiniment, sauf, après chaque écart, à réparer le préjudice causé... Nul ne saurait avoir un droit acquis à faire œuvre de malveillance, et là où le juge français peut réprimer, il a aussi le devoir, dans la mesure du possible, de prévenir le retour de l'injustice : mieux vaut conjurer le mal que de le laisser s'étendre, sauf ensuite à en tenter la guérison, toujours approximative. » Et M. Thaller (21) recourt simplement au moyen tiré de l'*exceptio doli* : « En opposant l'incompétence, en réclamant des délais au juge, le souscripteur s'exposerait à une exception de dol : vous me causez préjudice par cela seul que vous prétendez vous dérober au droit du change pour le paiement de ce titre. Pseudo-effet, sans doute, mais sans qu'il vous appartienne, à vous le coupable, de le dénoncer tel. »

Mais ce point de vue éveille à son tour les réflexions suivantes :

a) On ne peut parler d'une peine là où il n'y a au moins une faute. Telle n'était pas à la vérité la doctrine de Pernice : celui qui retire son offre n'a commis aucune faute, et ce n'est pas non plus la prise en charge d'une garantie qui l'oblige à des dommages-intérêts ; ceux-ci apparaissent comme une peine pour le déclarant devenu infidèle à sa parole (22). Mais cette opposition a été à bon

(20) *Op. cit.*, p. 66 s.

(21) *Op. cit.*, n° 1372.

(22) Pernice, Kritische Beiträge zur Lehre von den Rechtsgeschäften, *Zeitschrift f. d. ges. Handelsr.*, XXV, 1880, p. 120 : « Also nicht eine Verschuldung, auch nicht die Uebernahme der Gewähr, wird zur Grundlage des Anspruches wegen Rücknahme der Erklärung gemacht, sondern der Schadenersatz erscheint als Strafe dafür »

droit critiquée : pas de peine sans délit. C'est là tout ce que peut nous donner la formule de la responsabilité.

b) Et sans doute même faudrait-il ajouter : *nulla pœna sine lege*. Nombreux sont ceux qui, tout en reconnaissant par exemple que l'action en nullité d'un contrat pour dol se réfère incontestablement à la responsabilité de l'autre partie, pensent que l'interprète n'aurait pu l'établir à lui seul sans la loi. Et c'est aussi à raison de l'absence de textes que quelques auteurs se refusent encore à se rallier à la doctrine de l'excusabilité de l'erreur (23).

Le respect des causes de nullité fixées par le Code civil fut poussé très loin dans la première doctrine : Solon (24) pensait que l'abus des voies de contrainte légale pouvait constituer un délit civil donnant droit à des dommages-intérêts, et il ajoutait : cela modifie l'engagement et peut même le réduire à rien ; il n'y a pas là cependant nullité pour violence, mais simplement compensation de plein droit au moment où est rendu le jugement qui reconnaît la légitimité de la demande et accorde des dommages-intérêts (C. civ., art. 1289 s.). Cette idée d'une compensation qui se produirait en vertu de la loi au moment où le juge reconnaîtrait l'existence des manœuvres nous conduira à la conception d'une inefficacité variable en étendue : elle aide en effet à détruire dans une certaine mesure la valeur de l'acte. Mais la loi va parfois au-delà ; elle sait qu'un dommage peut résulter de l'efficacité ou de l'inefficacité du

dass der Erklärende sich untreu geworden ist, obwohl der Empfänger der Erklärung sich auf dieselbe vorliess». — *Contra*, Thon, *loc. cit.*, p. 71.

(23) G. Messina, La simulazione assoluta, *Riv. di dir. comm.*, 1907, 1, p. 407 ss.

(24) *Op. cit.*, I, n° 219.

lien contractuel ; et l'étendue du dommage, l'analyse de ses éléments, a été clairement reconnue par Ihering ; mais c'est de l'existence du dommage, non de son étendue que la sanction est tirée : une appréciation exacte en serait peu pratique et donnerait des résultats très inégaux selon les circonstances et les facilités de preuve. Ainsi le *falsus procurator* coupable de dol devrait réparer tout le préjudice causé, selon le paragraphe 826 du Code civil allemand ; mais c'est un très notable avantage pour son adversaire au point de vue de la preuve que de l'obliger directement à prêter l'intérêt positif (25). La loi va directement de la responsabilité au contrat, et il y a, à la vérité, des auteurs qui trouvent cette solution absolument naturelle ; Solon (26) rappelle les paroles de Blackstone : « Puisqu'un tort quelconque peut être considéré comme opérant simplement la privation d'un droit, la restitution de ce droit dont a été privée la partie lésée est le remède évident et naturel de toute espèce de tort. » Si l'on supprime inversement le droit de critique, pour empêcher des conséquences plus critiquables, M. Planiol légitime ainsi ce résultat : « Le mineur serait obligé de réparer le préjudice que l'annula-

(25) Planck, I, p. 228, 3. — De même M. Demogue (De la nature et des effets du droit éventuel, *Rev. trim.*, V, 1906, p. 300) rapporte la disposition de l'article 1178 à une véritable peine privée : le créancier n'a d'autre preuve à fournir que celle de la faute ou de la négligence de nature à empêcher l'accomplissement de la condition ; il n'a pas à prouver que la condition se serait réalisée si le débiteur n'y avait mis obstacle. Le débiteur peut seulement, pour écarter l'action, prouver que la condition aurait défailli même dans le cas où il n'aurait rien fait pour en empêcher l'exécution (Bruxelles, 12 juillet 1905, *Pas.*, 1906.2.76). — Comp. encore sur une autre modification du régime de la preuve comme sanction d'une conduite critiquable, C. civ., art. 1413, 1442, 1504.

(26) *Op. cit.*, I, n° 230.

tion causerait à l'autre partie, il est bien plus simple qu'il s'abstienne de causer ce préjudice (27). »

II. — *Les degrés d'inefficacité.*

C'est donc à tort, croyons-nous, que, parce que l'on donnerait à telle action, comme l'action de dol, le caractère d'une sanction délictuelle, on croirait devoir lui refuser le nom d'action en nullité et les attributs propres de cette famille d'actions (1) : cela signifie que la nullité n'est pas exclusivement un moyen de réparation ; il y a déjà dans la sanction une sorte de pénalité civile : ainsi l'action en nullité dans ces hypothèses aboutit à un résultat plus direct que l'action en dommages-intérêts. Le droit romain aussi, sans abandonner les principes du droit délictuel et de la condamnation pécuniaire, parvenait au même but au moyen des actions arbitraires. Et l'histoire postérieure de la sanction de droit se résumerait, a-t-on dit, dans la diminution progressive de la loi imparfaite et l'extension de la nullité (2). Il n'est pas contestable aussi qu'en d'autres matières les juges cherchent parfois, par de véritables pénalités (astreintes), à obtenir la sanction adéquate et naturelle, regardant comme insuffisantes les compensations indirectes par l'équivalent-argent. Cependant on ne saurait accéder à ce point de vue sans faire une réserve. Sans doute une loi prohibitive, qui étend le domaine de l'ordre public, ne souffre aucune contravention conventionnelle et l'arme de l'inefficacité ne peut dépendre d'un

(27) Planiol, II, n° 1088.

(1) R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, Th. (Dijon) Paris, 1909, p. 26, n. 1.

(2) Japiot, *op. cit.*, p. 39, 43 ss.

préjudice apporté aux intérêts particuliers. Mais il en va peut-être différemment de toutes ces inefficacités qui frappent des actes ne possédant pas toutes les conditions requises, actes qui sont donc insuffisamment construits : à l'absence d'une condition donnée ne correspond pas toujours la suppression d'effets et la formule légale elle-même n'est pas indéfiniment irritante (3). Sinon, on perdrait absolument de vue le but principal que poursuivait la doctrine de la *culpa in contrahendo*, qui n'était autre que d'obtenir une correspondance plus exacte de la responsabilité et de la nullité et de mettre obstacle, au moins en partie, au fonctionnement des nullités sources de préjudice. En dehors de là, la loi connaît aussi des procédés préventifs, comme le système de publicité des incapacités, qui permettent d'écarter le dommage. La formule de la *lex minus quam perfecta* d'ailleurs est très loin d'être abandonnée : de plus en plus des critiques graves se font jour contre certaines nullités de sociétés commerciales ; la réforme apportée par la loi du 1^{er} août 1893 est jugée insuffisante, et voici qu'on réclame un régime analogue à celui de certaines législations étrangères : l'action en responsabilité intentée en dehors de toute nullité ; « l'erreur du système français, a-t-on dit, est de mettre la responsabilité à la remorque de la nullité » ; on demande une réforme générale, la suppression de ces nullités « qui ne sont pas réparatrices, mais spoliatrices », et qui ont donné naissance à la triste industrie des « spéculateurs en nullités de sociétés » (4).

Mais lorsque l'inefficacité est orientée selon la responsabilité, il est exact de dire qu'il y a là un procédé de

(3) Comp. la théorie des empêchements prohibitifs au mariage.

(4) Fraissinnea, *Annales de droit comm.*, 1907, p. 380 ss., n° 3.

sanction beaucoup plus facilement admis que dans l'ancien droit. C'est que la nullité fit son apparition sous une forme stricte et rigide : c'était la conséquence logique de l'absence de certaines conditions, et l'on en tirait la privation d'effets ; telle était la doctrine du vieux droit civil romain antérieur aux *restitutiones*. « C'est cette conception rigoureuse et absolue, dit un auteur récent, qui devait se faire jour la première : il y a un acte ou il n'y en a pas ; c'est une idée simple que les Romains pouvaient concevoir alors que leur intelligence juridique s'éveillait à peine. La notion d'acte qui existe provisoirement et peut être attaqué, la notion d'un acte qui tout à la fois existe et n'existe pas, valable s'il est invoqué contre telle personne et nul s'il est invoqué contre telle autre, est une notion plus savante, plus complexe, que seul peut découvrir un esprit doué d'une certaine subtilité » (5). Aujourd'hui ce point de vue est bien dépassé et la doctrine qui partirait encore d'une considération exclusive de l'acte serait une survivance injustifiée : aussi les formules les plus récentes ne voient plus dans l'inefficacité une manière d'être de l'acte envisagé objectivement, mais la simple conséquence d'un droit de critique reconnu à certains sujets (6). Par la nouvelle conception, un assouplissement de la notion d'inefficacité est possible qui lui permettra de comprendre certaines formes restreintes ; on rejette définitivement ces vieilles formules selon lesquelles ce qui est nul ne pouvait produire d'effets : l'acte nul était non avenu, c'était le néant. On peut reconnaître aujourd'hui une inefficacité à plusieurs degrés selon l'étendue du droit de critique ; alors cette forme de sanction, toujours plus fréquente, se rap-

(5) Japiot, *op. cit.*, p. 53.

(6) Japiot, *op. cit.*, p. 284.

prochera davantage de la responsabilité : car l'inefficacité pourra n'exister qu'au regard de certaines personnes ou atteindre seulement une partie de l'acte ; elle sera en un mot absolue, relative ou partielle (7).

«) Ainsi s'éclaire ce qui fut si longtemps sujet de confusion. Etudie-t-on la nullité comme comportant attribution d'un droit de critique ? « On est amené naturellement à rechercher non seulement à qui ce droit appartient, mais encore contre quelles personnes il peut être exercé : est-il, au point de vue passif, absolu comme un droit réel ou relatif comme un droit de créance ? Les deux choses *a priori* sont concevables ; et à ce point de vue, comme au point de vue actif, les nullités peuvent être absolues ou relatives. Il ne serait donc rigoureusement exact de qualifier nullités absolues que les nullités susceptibles d'être invoquées par toute personne contre toute personne (8). » Au contraire, les jurisconsultes classiques confondent les termes de nullité et d'inexistence : pour eux, ce serait une faute logique de parler d'une nullité relative dans ses effets ; à la vérité, ils reconnaissent qu'il peut y avoir dans les sources des anomalies de cette nature ; mais, ajoutent-ils, la justification d'un concept scientifique doit être prouvée d'un point de vue logique ; et, s'il y a quelques cas isolés qui ne peuvent se grouper sous les autres règles, on ne saurait les systématiser en un concept qui contredirait la logique (9). Et voilà où conduit l'abus de la mé-

(7) Les auteurs confondent en général l'inefficacité relative et partielle ; la distinction est tracée pour une catégorie d'actes par A. Scialoja, *Contributi alla teoria generale del negozio giuridico*, II, Nullità ed inefficacia, dans ses *Studi di dir. priv.*, Rome, 1906, p. 35.

(8) Japiot, *op. cit.*, p. 636.

(9) Dans la doctrine allemande, le terme de nullité relative a reçu des applications très diverses : Mühlenbruch (*Doctrina Pandectarum*,

taphore, et la comparaison de l'acte juridique à un organisme dont la nullité serait la mort, donc le néant. Rien de plus compréhensible au contraire qu'une inefficacité relative si l'inefficacité est la conséquence d'un droit de critique accordé contre les effets de l'acte : ce droit de critique peut être conçu comme une sorte de *jus in rem*, opposable à toutes personnes ; mais il peut n'être qu'un *jus in personam*, opposable seulement à certaines personnes. Que cette distinction ait une base sérieuse dans les faits, c'est ce dont on conviendra en examinant les hypothèses si nombreuses d'inopposabilité (10).

Une autre confusion grave est résultée de la terminologie classique : les interprètes du Code civil croient que la division bipartite des actes inexistants et annulables suffit

I, § 114) qualifiait de *nullitas respectiva* la situation de l'acte guérissable (*heilbar*), celui dont les vices peuvent être couverts (comp. notre loi du 1^{er} août 1893, art 3). La doctrine dominante du droit commun visait divers textes du droit romain où l'acte, quoique nul *ipso jure*, était à considérer comme valable *ex tunc* s'il n'était pas usé du droit de recourir à la nullité (comp. les art. 1339 s. de notre C. civ.) ; ce concept traditionnel, bien qu'exprimé dans un terme mal choisi, disait-on, devait être conservé pour désigner certains cas d'incertitude (Unger, *System des österr. allg. Privatr.*, II, p. 149 ss. ; Windscheid, *Pand.*, § 82, n. 8) ; mais cette doctrine, exposée avec des divergences d'étendue, avait été vivement attaquée par Brandis (Ueber absolute und relative Nichtigkeit, *Zeitschr. f. Civilr. u. Prozess*, VII, p. 121 ss.). Enfin certains textes du droit nouveau, le paragraphe 6 de la Konkursordnung et le paragraphe 326 du Code d'instruction criminelle, ont suggéré à quelques auteurs la conception de l'acte nul contre certaines personnes et valable contre d'autres (Dernburg, *Pand.*, § 120 b, n. 8). Comp. sur tous les systèmes, F. W. Christians, *Ueber die sogenannte relative Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte*, Diss. Erlangen, 1899, p. 11 ss. — Le terme de nullité relative est exclu du Code civil allemand et sans doute aussi la chose (Planck, I, p. 146, 4 ; V. cep. Goldmann und Lilienthal, *Kommentar des allg. Teils des B. G. B.*, Berlin, 1897, p. 68).

(10) Sur ces hypothèses, V. Japiot, *op. cit.*, p. 28 ss.

à tout : d'une classification, d'ailleurs incomplète des causes, ils font aussi une classification d'effets ; mais c'est tout à fait à tort qu'on désigne l'inexistence comme nullité absolue et l'annulabilité comme nullité relative (11). Ce langage doit être absolument condamné comme impropre : dans l'annulabilité, un seul individu est titulaire de droit, mais cela ne signifie pas encore qu'il ne puisse le faire valoir *erga omnes* ; « le droit de propriété qu'une seule personne possède sur une chose est absolu aussi en ce sens que cette personne peut l'opposer à tous » (12). D'autre part, la nullité d'une société par actions pour inobservation des conditions légales de constitution ou la nullité d'une société de commerce pour défaut de publicité ne peuvent être construites comme des annulabilités, et cependant ces nullités ne peuvent être opposées aux tiers. Il convient donc de séparer l'étendue active du droit de critique et l'étendue passive de l'inefficacité.

Or, en recherchant les motifs qui peuvent autoriser cette limitation passive, on verrait précisément reparaitre l'idée de responsabilité : « La limitation passive se présente comme plus facilement acceptable si le sacrifice qu'elle impose aux sujets actifs se justifie par ce fait que la passation d'un acte vicié est, dans une mesure, imputable à certains sujets actifs : alors, pour ce qui est de ces derniers, on peut considérer comme très légitime de ne

(11) Nous partons ici de la théorie générale, sans méconnaître que certains auteurs ont admis des annulabilités absolues ; on ne peut guère y voir que des opinions isolées, formulées surtout dans le but d'obtenir un classement tripartite dans la matière du mariage. V. une indication du chaos terminologique dans Planiol, I, n° 333 ; Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*. Th. (Lyon). Paris, 1897, p. 1 ss., 245.

(12) Japiot, *op. cit.*, p. 289 s.,

pas leur donner d'une façon absolue le droit d'invoquer une nullité qui leur est imputable (13). » Ainsi on comparera la situation des intérêts en présence et les moins respectables seront sacrifiés : c'est pour ce motif que les nullités des sociétés de commerce pour défaut de publicité, la nullité des sociétés par actions pour inobservation des conditions de constitution ne pourraient être invoquées par les associés contre les tiers. De même l'action de dol opérerait seulement *in personam* : ainsi que nous le montrerons, le dol d'un tiers est selon la loi, un risque contractuel que l'on doit assumer à l'égard de son co-contractant ; la jurisprudence a trouvé équitable qu'inversement le dol du co-contractant ne puisse être opposé aux tiers ; dès lors, nullité et responsabilité se rapprochent toujours davantage. Si le titulaire du droit n'est pas en mesure d'exercer son droit contre les tiers restés étrangers aux agissements, l'un des caractères typiques de l'action en nullité disparaît ; et c'est bien ce que les arrêts paraissent admettre en matière de sociétés commerciales : l'associé lésé ne pourrait réclamer ses apports à la société sans en rester comptable envers les créanciers sociaux dont le gage doit demeurer intact ; le syndic de la faillite pourrait exiger de l'associé victime du dol le complément de son apport ; et les tribunaux tendraient même à assimiler au syndic le liquidateur de la société dissoute qui n'est cependant en principe que le représentant des associés : le moyen de nullité ne lui serait pas opposable ; « au fond, écrit M. Pic, ainsi entendue, l'action en nullité pour dol se réduit à une simple action en dommages-intérêts dans les rapports des associés (14). »

(13) Japiot, *op. cit.*, p. 643 ss.

(14) Pic (coll. Thaller), *Des sociétés commerciales*, Paris, 1908, I,

β) La nouvelle doctrine, sur le fondement d'un droit de critique dirigé contre les conséquences de l'acte, aboutit aussi à la reconnaissance d'une inefficacité partielle : « Cette notion de la nullité atteignant les conséquences de l'acte... est inséparable de l'idée de divisibilité de la nullité, divisibilité qui maintenant est relative aux conséquences de l'acte : la nullité de tel effet d'un acte n'exige pas la nullité de tous les autres » (15). Ainsi peut-on expliquer que telle conséquence soit supprimée séparément et dans la mesure où le but de la loi l'exige. Cette inefficacité partielle a toujours été reconnue : le président Fabre (16) lui donnait même un domaine très étendu, car il voyait une inefficacité de ce mode dans toutes les hypothèses où, l'obligation civile disparue, subsiste une obligation naturelle. Et on doit reconnaître que, dans la construction de Ihering, l'obligation d'indemnité naissant de la *culpa in contrahendo* n'est qu'une conséquence secondaire du contrat, destitué de ses effets pratiques principaux (17). Mais, parmi les applications si nombreuses de l'inefficacité partielle, l'une d'entre elles doit retenir plus spécialement notre attention par sa relation avec la responsabilité : il s'agit de l'action en réduction (18).

n° 400 ; Comp. Thaller, *op. cit.*, n° 467 c ; Japiot, *op. cit.*, p. 657 ss. — L'opinion doctrinale est généralement contraire (Bufnoir, *Propriété et contrat*, Paris, 1900, p. 618 ; Planiol, *op. cit.*, 2^e éd., I, n° 981, n. 1 ; Saleilles, *Déclar.*, § 123, n° 15).

(15) Japiot, *op. cit.*, p. 296.

(16) *Rationalia ad Pand.*, ad l. 56, D. *de pactis* ; V. sur les hypothèses principales en droit romain, A. Priem, *Giebt es eine Mittelstufe zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit*, Diss. (Erlangen) Bonn, 1899, p. 21 ss. — Comp. C. civ., art. 1601 ; C. civ. all., 139. — V. de nombreuses hypothèses d'inefficacité partielle dans le C. civ. all., rapportés par A. Scialoja, *op. cit.*, p. 35 s.

(17) Japiot, *op. cit.*, p. 661, n. 1.

(18) A la vérité, une autre modification partielle du contrat pour-

Les systèmes juridiques qui connaissent une tarification du taux maximum d'intérêt n'annulent pas l'opération usuraire tout entière. Selon la loi du 3 septembre 1807, articles 3 et 4, le prêteur était condamné à restituer l'excédent usuraire perçu ou à en souffrir la réduction sur le capital de la créance ; depuis la loi du 19 décembre 1850, l'imputation des sommes indûment perçues était légale et avait lieu de plein droit sur les intérêts légaux alors échus et subsidiairement sur le capital ; la créance était-elle éteinte capital et intérêts, le prêteur devait restituer les perceptions excessives, avec intérêt du jour où elles avaient été payées. Il était admis en outre dans la jurisprudence que l'emprunteur qui pouvait justifier d'un préjudice propre et distinct avait droit à des dommages-intérêts (19). Le système de l'inéquivalence des prestations aboutit, il est vrai, dans l'hypothèse de l'article 1674, à une action en rescision du contrat tout entier ; mais cette action peut être écartée par l'offre du supplément de prix, déduction faite d'un boni du dixième abandonné au vendeur. Enfin il est tout à fait notable que la jurisprudence admet *de plano* une action en réduction du salaire excessif du mandataire.

Récemment on a préconisé l'extension de cette action en réduction comme sanction générale de tout excès contractuel ; cette solution, si elle est en désaccord avec les textes du Code civil sur les obligations excessives (art. 1152, 1966), donnerait du moins la clef de tout un ensemble imposant de solutions jurisprudentielles (20). La

rait être envisagée, qui prendrait la forme d'une action en complément, comme pour le salaire léonin selon Périn, *op. cit.*, p. 148.

(19) Montpellier, 41 mai 1869, D. 70.2.73 ; parfois l'opération tout entière est annulée ; V. Perrin, *op. cit.*, p. 105 ss.

(20) Perrin, *op. cit.*, p. 332, 336.

théorie nouvelle prend sa base dans l'action en réduction des obligations excessives du mineur émancipé (C. civ., art. 484-2^o) et trouve un point d'appui solide dans ce fait que les obligations réductibles sont valables ; il est vrai que la jurisprudence a étendu l'action en réduction même aux obligations qui dépassent les limites de la capacité du mineur, partant de ce principe que qui peut le plus peut le moins, et sans rechercher autrement si le remaniement du contrat n'est pas quelque chose de plus grave que son annulation ; mais il faut dire que, d'autre part, l'importance de qualification des actions est bien diminuée, car les tribunaux estiment que l'obligation du mineur peut être réduite jusqu'à ce qu'il n'en reste rien (21). On voit par là

(21) Perrin, *op. cit.*, p. 20 ss. (pour le prodigue, p. 43 ss.). — Les limites de l'incapacité sont par là rendues flottantes et l'inefficacité mise en connexion avec le préjudice. C'est la même idée, mais avec une application plus étendue, qui forme la base de la doctrine de la lésion des mineurs : on formule la distinction entre la lésion du mineur et celle du majeur comme se rattachant à une différence de présomptions : la première serait la mesure d'une incapacité, la seconde d'un vice du consentement. Mais ces présomptions irréfutables sont des explications purement verbales : la lésion est un préjudice, et il faut rechercher les responsabilités. La lésion des majeurs selon le droit nouveau ne s'éclaire que par un abus : c'est une hypothèse de responsabilité par abus des droits. Au contraire, pour le mineur, la loi n'envisage pas comme étant sans périls la simple passation d'un contrat : même si le dommage du mineur n'est pas le profit de son co-contractant, celui-ci doit répondre de l'atteinte portée au patrimoine de l'incapable comme d'une conséquence de son fait : c'est une hypothèse de responsabilité objective. Il suffira donc que le mineur justifie que la lésion se rattache à l'acte « comme une conséquence qui pouvait être prévue d'après le cours ordinaire des choses » ; et tel sera le cas où le mineur a dissipé le prix d'un objet mobilier qu'il avait vendu à sa juste valeur ; si la lésion ne résulte pas directement du contrat, « elle se rattache cependant à ce contrat comme une suite à laquelle l'acquéreur pouvait et devait s'attendre » (Aubry et Rau, § 335, n. 41, IV, p. 423). Mais

comment s'altère dans les faits la pureté des types doctrinaux. La réduction des dépenses excessives faites par une femme mariée chez les fournisseurs jusqu'au point où elles ne dépassent plus ce que le mari n'aurait pu refuser selon les facultés et l'état du ménage, fournit la transition pour passer de la théorie des incapacités à celle du mandat. La réduction du salaire du mandataire constitue le point d'application le plus important ; de là le nouveau principe rayonne sur tout le droit des obligations, et donne notamment un appui aux décisions qui s'efforcent de tourner l'article 1152. Sur ces derniers points, il doit être rappelé que le Code civil allemand lui-même (§§ 343, 655) abandonne l'idée d'ordre public et la nullité absolue qui en est la conséquence pour une simple réductibilité de l'excès (22).

C'est ici que l'on va mettre en valeur la distinction précédemment exposée entre l'acte illicite et l'acte abusif ; l'intérêt de cette distinction a été mis en relief par M. Jossérand (23) : l'acte illicite est celui que la loi tient pour intolérable dans les relations sociales et auquel la sanction doit être appliquée en dehors de toute preuve d'un préjudice ; l'acte abusif, au contraire, est un acte qui rentre dans l'exercice objectif d'un droit, et si l'on peut demander compte à l'auteur d'un exercice illégitime, c'est seulement

le mineur ne serait pas fondé à se plaindre de la lésion qui n'aurait été produite que par un événement casuel et imprévu (art. 1306) : simple rappel, comme on le voit, de la distinction du cas fortuit et de la force majeure dans le domaine de la responsabilité précontractuelle.

(22) Perrin, *op. cit.*, p. 220 ss., 277 ss.

(23) *Op. cit.*, p. 76, 81 ; V. cep. M. Desserteaux, Abus de droit ou conflit de droits, *Rev. trim.*, V, 1906, p. 420, n. 1. Mais nous croyons la distinction de l'acte illicite et de l'acte abusif traditionnelle ; V. par ex. Laurent, XV, n° 517.

dans la mesure du préjudice causé. La loi allemande considère l'acte usuraire comme un acte illicite ; alors logiquement elle en poursuit l'anéantissement absolu, hors de toute proportion avec le dommage ; mais, en y voyant seulement un acte abusif, nous ne pouvons aller au delà de la réparation du préjudice : c'est l'étendue du préjudice, donc la lésion anormale, la disproportion choquante qui fixera les limites de la réparation. Et ceci est en même temps une réponse à cette formule de la doctrine de l'excès qui prend pour base le vice de la volonté : la réduction n'est pas proportionnée au caractère plus ou moins grave du vice, mais à la lésion, au dommage causé par l'abus et dont l'auteur de l'abus devra fournir réparation.

Or la sanction de la réduction est la plus pratique, parce qu'elle reconnaît la valeur des relations engagées : souvent, d'ailleurs, la nullité se présenterait avec un programme qu'elle ne pourrait remplir ; il ne suffit pas de déclarer l'inefficacité pour faire disparaître toujours les effets accomplis ; ce serait une lutte illusoire contre le fait intervenu : la loi préfère dire que la liquidation des intérêts en suspens se fera *ex æquo et bono* et l'inefficacité de l'acte juridique signifie simplement que le règlement n'en sera pas recherché dans l'acte (24) ; mais alors la solution de la réduction n'est-elle pas plus simple, comme la tradition l'admettait pour le contrat passé dans la crainte du

(24) Aubry et Rau, § 37, n. 21, I, p. 185. — Il y a même certaines nullités, notamment celles des sociétés de commerce pour défaut de publicité, et celles des sociétés par actions pour inobservation des conditions légales de constitution auxquelles cet effet caractéristique qu'est la rétroactivité est retiré par la loi ; la nullité se transforme en simple dissolution ; elle est d'ailleurs, sous cette forme tronquée, toujours très vivement attaquée (Thaller et Pic, I, n° 398).

péril fortuit, ou au cas de dol incident (25) ? Plus juste et plus adéquate elle apparaît aussi là où une action en restitution est possible : la victime n'a pas été circonvenue ou violentée dans le but d'en venir au contrat ; on suppose qu'elle a pris l'initiative, mais a seulement subi des conditions trop dures dans une situation économique malheureuse : elle peut donc avoir intérêt à conserver le marché à d'autres conditions (26).

Responsabilité et inefficacité seraient ainsi soudées en vue de fournir la réparation la plus exacte ; mais une discussion récente sur le terrain de la politique législative montre combien le point de vue pénal a pénétré les esprits, car on n'envisagea guère que la situation du vendeur pour déterminer la gravité respective des actions en nullité et en réduction. Il s'agissait de compléter la répression des tromperies sur les engrais, inaugurée par la loi du 4 février 1888 ; cette loi ne visait que les tromperies sur la qualité, la nature, le dosage, la composition de l'engrais, et des propositions furent déposées pour donner satisfaction aux plaintes des milieux agricoles, visant les tromperies sur le prix (27). Elles ont abouti à la loi du 8 juillet

(25) Iluc, VII, n° 37 : « Le dol incident aboutit en définitive à une action *quantum minoris* ou en diminution de prix. » Sur l'idée d'une compensation des dommages-intérêts avec le prix, V. Perrin, *op. cit.*, p. 63.

(26) Il peut y avoir demande de plus amples dommages-intérêts : Périn (*loc. cit.*) demande qu'on tienne compte de la difficulté qu'aura l'ouvrier qui s'est plaint en justice d'une convention léonine à trouver une autre place.

(27) C. V. Garola, *Engrais*, 2^e éd., Paris, 1906, p. 329 ss. — Propos. L. Martin, *J. off.*, 1902, *Doc. parl.*, Ch., S. O., ann. n° 239, p. 750 ; propos. Gellé et Coache, *J. off.*, *Doc. parl.*, 1902, Ch. S. E., ann. n° 511, p. 465. V. Lerebours-Pigeonnière, *Rev. trim.*, I, 1902, p. 275, n° 21 ; II, 1903, p. 238, n°s 28 ss. ; V, 1906, p. 191, 698.

1907 (28) qui donne à l'acheteur lésé de plus du quart une action en réduction du prix et en dommages intérêts, à intenter dans un délai très bref ; la détermination de la lésion ne soulève ici aucune objection, puisqu'il s'agit de choses fongibles ayant un cours commercial constaté régulièrement par des mercuriales. Or, dans la discussion devant la Chambre des députés (29), un amendement fut déposé par M. Simon qui donnait à l'acheteur le choix entre l'action en résiliation et l'action en réduction ; l'auteur de cet amendement invoquait qu'il frapperait plus durement le vendeur qui abuserait de sa clientèle et qui, au lieu de conclure un contrat à juste prix, devrait venir reprendre une marchandise abandonnée. Cependant l'amendement fut rejeté, sans doute parce qu'on voulut simplement suivre l'exemple de la loi belge du 21 décembre 1896 (art. 6) qui avait produit de bons résultats avec la seule action en réduction ; mais on alléguait aussi qu'en admettant la nullité on permettrait au vendeur de faire une nouvelle dupe avec la marchandise restituée. Quelle que soit la valeur de ces arguments, ils indiquent clairement une tendance.

§ 2. — L'efficacité de l'acte.

Nous arrivons à des hypothèses où l'emprise de la responsabilité est plus forte sur le contrat.

(28) *J. off.*, 9 juill. 1907, p. 4730. Dernières séances au Sénat, 11 et 13 juin 1907 ; à la Chambre, 23 juin 1907 (*Déb. parl.*, p. 775, 1702, 1678).

(29) Séance du 19 févr. 1906, *J. off.* du 20 fév., *Déb. parl.*, S. O., 1906, p. 838.

I. — *Dol sur la capacité.*

L'incapable a en principe le droit de demander la nullité et n'est astreint alors qu'à restituer son enrichissement. L'autre partie ne peut invoquer sa bonne foi ; c'est peut-être un risque grave pour le commerce juridique, mais on ne doit pas ignorer la condition de celui avec qui l'on contracte (1). Mais la situation est différente si l'incapable, par ses manœuvres frauduleuses, a trompé sur sa capacité.

Il y a au Code Justinien un titre spécial relatif à ce genre de fraudes de la part des mineurs de 25 ans ; les Romains s'en tenaient, semble-t-il, à des considérations tirées de l'aspect de la personne : aussi pour le mineur de 25 ans la simple déclaration mensongère paraît avoir été insuffisante : dans une constitution de Dioclétien et Maximien, la restitution est refusée au mineur qui, par ses manœuvres frauduleuses, s'est efforcé de se donner l'aspect extérieur d'un majeur (2). Inversement, là où n'apparaît aucun signe révélateur de l'incapacité, la responsabilité est encourue pour une simple déclaration mensongère : ainsi pour le fils de famille qui déclare être père de famille, alors qu'il n'y a pas de raisons sérieuses de douter, et qui ne

(1) De même l'erreur sur la solvabilité de l'autre partie reste sans influence ; on ne saurait la reconnaître sans encourager la facilité avec laquelle certains commerçants vendent à crédit à tout venant (Béguelin, *Ann. de dr. comm.*, 1907, p. 56). Pour le droit du C. civ. all., comp. Türk, *der Irrtum über die Zahlungsfähigkeit des Schuldners beim Vertragsschlusse nach dem B.G. B., Beitr. zur Erläut. des deutschen Rechts*, t. 43, p. 549 ss.

(2) C., 2, 43, *si minor se maj dixerit vel prob. fuerit*, loi 3 : *si minor ætate majorem te probare aspectu laboraveris* ; à la vérité la loi 2 ne parle que d'un *mendacium fallace*. — Comp. Deschamps, *Le dol et la faute des incapables*, Th. Paris, 1889, n° 69.

pourra plus pour cette raison invoquer le sénatus-consulte Macédonien ; de même de l'affirmation de la femme qu'elle intercède dans son propre intérêt (3). Ainsi selon que l'incapacité est ou non apparente, l'incapable ne répond pas ou répond de sa déclaration mensongère.

Dans le droit médiéval, il semble que la déclaration de majorité, accompagnée de serment, était suffisante pour que le mineur de 25 ans perdît toute protection ; ces renonciations au bénéfice de minorité et à la *restitutio in integrum* deviennent fréquentes vers les XII^e et XIII^e siècles, grâce à l'Authentique *Sacramenta puberum* qui validait d'une manière générale toute renonciation sous serment émanée de pubères (4). A la différence des glossateurs, post-glossateurs et canonistes, respectueux du serment, on voit nos jurisconsultes restreindre l'interprétation de l'Authentique ; ainsi Bouteillier tend à exiger la bonne foi du co-contractant, qui devra avoir son excuse principale dans l'apparence physique du mineur ; enfin on cessa de prendre en considération le serment, ainsi que le dit Charondas Le Charon, dans une note à son édition de Bouteillier, en 1603. On ne pouvait donc plus constituer le mineur en dol suffisant en lui faisant prêter le serment de majorité ; alors on faisait insérer dans les contrats un faux extrait baptistaire, ce qui constituait une fraude suffisante : le mineur pouvait seulement prouver la mauvaise foi du prêteur, ce qui était encore malaisé. Le Parlement de Paris, par un arrêt de règlement du 6 mars 1620, défendit aux notaires l'insertion dans les contrats de prêt de déclarations de majorité et l'annexion d'extraits bap-

(3) C., 4, 28, ad S. C. Maced., 1 ; D., 16, 1, ad S. C. Vell., 2, 3 : *deceptis, non decipientibus opitulatur*.

(4) Meynial, *Nouv. Rev. hist.*, 1901, [p. 241 ss.

tistaires, sous peine de nullité « et d'en répondre en leur propre nom ». C'était alors au prêteur à prouver sa bonne foi ; comme il intervenait de nouvelles fraudes, un autre arrêt du 26 mars 1624 interdit aux particuliers de prêter de l'argent aux fils de famille lors même qu'ils se déclareraient majeurs et produiraient un extrait de baptême ; en effet, les prêteurs, ne pouvant plus insérer les faux extraits dans l'acte, se les faisaient remettre en leurs mains. Ce système, qui dépassait en rigueur celui du sénatus-consulte Macédonien, paraît avoir été spécial au contrat de prêt ; à la fin de l'ancien droit, la règle générale est que la déclaration de majorité ne fait pas obstacle à la restitution, sinon les fraudes seraient trop faciles ; il faut que la bonne foi des tiers ait dû être surprise par l'aspect physique de l'incapable ou ses manœuvres frauduleuses (5).

Le Code civil (art. 1307, 1310) ne fait, semble-t-il, que reproduire les solutions traditionnelles : la simple déclaration de majorité est insuffisante sans les manœuvres frauduleuses. Et cependant quelle solution devra-t-on donner dans les cas où l'aspect physique ne sera pas révélateur de l'incapacité : pour la femme mariée, la femme dotale, l'interdit, le prodigue, il faudrait revenir au droit commun de la responsabilité : la déclaration mensongère constituerait un dol suffisant (6). Cependant, dans les travaux préparatoires, on trouve des allusions au système de publicité des incapacités ; en toute hypothèse d'ailleurs, ce serait retirer toute protection à l'incapable que de donner effet à une déclaration de cette sorte ; le créancier ne manquerait pas de la réclamer pour exclure la restitution,

(5) Brissaud, *op. cit.*, II, 1167 ss. et les textes cités.

(6) Deschamps, *op. cit.*, n° 82, et les auteurs cités dans les deux sens.

et l'incapable y donnerait les mains, notamment celui qu'on cherche à protéger contre lui-même (prodigue, femme dotale). D'autre part, le but que se serait assigné la loi du 10 juillet 1850 en matière de dotalité serait loin d'être clair : on suppose que les époux ont produit à l'officier de l'état civil des déclarations exactes sur l'existence, la date, le notaire rédacteur du contrat de mariage ; les tiers ont un moyen très sûr de vérifier les assertions de la femme dotale. Et cela est encore plus vrai de la dissimulation partielle : on a dit que, dans le cas où la femme avouait être dotale, mais déclarait faussement tel de ses biens paraphernal, ce dol était encore plus trompeur et suffisait à fonder la responsabilité ; nous croyons au contraire que les tiers sont absolument inexcusables dans cette hypothèse de s'en tenir à ces affirmations et de ne pas exiger la production du contrat de mariage (7).

Aussi la jurisprudence antérieure à 1850 pouvait peut-être admettre que la simple déclaration faisait obstacle à la restitution (8), mais depuis cette époque elle a changé à bon droit : la simple inexactitude des déclarations est insuffisante, s'il n'y a pas eu les manœuvres frauduleuses destinées à tromper les tiers ; une femme dotale qui s'est déclarée paraphernale n'est pas exclue du bénéfice de la dotalité (9). Les décisions judiciaires, pour aboutir à ce

(7) Lyon, 18 mai 1886, S. 88.2.134 ; Legros, *op. cit.*, p. 32 ; *contra* Deschamps, *op. cit.*, n° 83.

(8) Et encore il n'y aurait eu en réalité qu'un seul arrêt (Rouen, 21 mai 1853, D. 53.2.148, S. 56.2.428) déclarant la femme responsable de déclarations mensongères non accompagnées de manœuvres ; V. Périn, *De la respons. délict. et quasi-délict. de la femme dotale*, Th. Paris, 1905, p. 98 ss.

(9) V. par ex. Toulouse, 12 juin 1860, D. 61.2.35, S. 60.2.545 ; cons. Périn, *op. cit.*, p. 101 ss.

résultat, allèguent que le dol de la femme est un dol contractuel (10) : formule commode, mais qui ne présente pas toute la rigueur scientifique désirable, comme on l'a démontré ; mais d'ailleurs formule inutile, car il n'y a, à la base des arrêts, qu'une appréciation exacte de la diligence requise de part et d'autre *in contrahendo*. Il faut ajouter en effet que, dans la plupart des hypothèses qui se sont présentées, la mauvaise foi et l'intention frauduleuse de la femme n'avaient pu être établies (11) ; on ne saurait dire cependant que, de l'inexactitude des déclarations de la femme, on doive tirer une présomption générale de fraude sans ressusciter le régime antérieur à la loi de 1850. Cette loi a eu un but préventif : dès lors non seulement la preuve de la fraude de la femme incombe aux tiers, mais eux-mêmes ne doivent avoir aucune négligence à se reprocher (12) : ils doivent, par exemple, si la femme a indiqué le notaire rédacteur de ses conventions matrimoniales, ne pas négliger de s'y référer ; ils n'ont aucune raison légitime d'attacher une foi aveugle à toutes les déclarations inexactes de la femme ou de son mari (13).

Pour le mineur, on s'en tiendra aux textes exprès : le mineur qui a souscrit un billet à ordre énonçant une fausse cause ne répond pas des conséquences dommageables, lorsqu'on ne peut lui imputer qu'une imprudence, non la recherche d'un bénéfice illicite ni une intention

(10) Par ex. Lyon, 24 mars 1882 et 3 févr. 1883, D. 83.2.142 ; S. 85.2.154.

(11) Rouen, 28 mars 1881, S. 82.2.41.

(12) Caen, 12 mai 1874, D. 75.2.184 ; Limoges, 5 déc. 1883, D. 84.2.179, S. 85.2.110.

(13) Bordeaux, 20 janvier 1893, D. 93.2.517, S. 94.2.32 ; Alger, 21 juillet 1898, D. 99.2.148 ; Grenoble, 19 février 1900, D. 1901.2.367.

frauduleuse (14) ; spécialement les acceptations mises sur des traites par un incapable de bonne foi qui avait l'intention de s'engager ne sont pas des faits dont il soit pécuniairement responsable (15). Même s'il s'agit d'acceptations qui ont été données en état de minorité et ont été postdatées, il a été jugé que si le mineur n'avait fait qu'agir sous la pression ou à l'instigation d'une autre personne, il n'a fait qu'une déclaration mensongère de minorité contre laquelle il est restituable selon l'article 1307, alors surtout que le mineur a été lésé par les agissements illicites des souscripteurs et n'a retiré aucun profit des engagements souscrits (16). Mais il n'en serait plus de même alors que le mineur a agi de son initiative, de connivence avec un compère, afin de se procurer des fonds pour tous deux, et cela avec assez d'intelligence pour discerner la portée de l'irrégularité : le tiers de bonne foi pourra obtenir le paiement des traites (17).

De même, pour le prodigue, il a été jugé qu'on ne saurait considérer comme quasi-délit le fait, en dehors de toute manœuvre frauduleuse, d'avoir gardé le silence sur l'incapacité qui le frappait (18) ; mais il ne pourrait se faire restituer par voie d'annulation contre les actes qu'il a faits seul, lorsqu'il a trompé son co-contractant par des mensonges et des actes de nature à produire ou maintenir une erreur sur la capacité (19).

(14) Req., 19 février 1856, D. 56.1.86.

(15) Req., 18 mai 1885, D. 86.1.146.

(16) Paris, 17 juillet 1894, D. 95.2.25 et note Thaller ; 27 avril 1896, D. 98.2 257.

(17) Paris, 4 mai 1897 ; Req., 15 novembre 1898, D. 99.1.439, S. 99.1.225 et note Wahl, P. 99.1.209 et note Percerou ; Req., 21 mars 1899, D. 99.1.192.

(18) Lyon, 9 juin 1883, D. 84.2.83.

(19) Paris, 20 février 1882, *La Loi*, 4 mars 1882.

Cette controverse sur l'étendue de la responsabilité était intéressante à préciser pour l'étude des effets : plus on étend les causes et plus on atténue les résultats ; comme tout délit, dit-on (20), ce dol aboutira à une action en dommages-intérêts ; c'est que capacité et responsabilité sont choses entièrement différentes ; et d'autre part une responsabilité suppose un dommage qui ne sera pas réalisé avant l'annulation. Nous reconnaissons en effet le caractère préventif de la sanction qui consiste dans le maintien du contrat. Mais on objecte en outre que cette forme de réparation n'est pas la plus exacte, parce que le plus souvent elle sera supérieure à celle que le co-contractant aurait dû recevoir, l'incapable ne demandant l'annulation que parce qu'il la juge avantageuse à ses intérêts. Tel est bien en effet le centre de la difficulté : il s'agit de savoir si la loi veut protéger l'incapable de mauvaise foi ou le contractant de bonne foi ; car les dommages-intérêts que ce dernier pourrait réclamer sur l'annulation sont les dommages-intérêts négatifs ; or nous savons que leur étendue est très variable et peut s'élever même au-dessus de l'intérêt d'exécution, mais aussi que leur reconnaissance est douteuse et la preuve des occasions manquées incertaine. On doit donc craindre de sacrifier la partie qui avait bonne confiance dans l'acquisition réalisée en nature. On invoque alors l'intérêt des créanciers chirographaires de l'incapable, parce que l'acquéreur sera soustrait à la loi du concours et obtiendra ainsi une sorte de privilège pour sa créance d'indemnité ; à la vérité, les créanciers chirographaires subissent une perte, mais, hors le cas de fraude à leurs droits, ils doi-

(20) Deschamps, *op. cit.*, n° 93.

vent subir les conséquences des faits et actes de leur débiteur (21); ils ne sont pas des tiers et on ne peut tirer argument en leur faveur de ce que le dol opérerait seulement *in personam*; la bonne foi et les intérêts généraux du crédit méritent d'autant mieux protection que, dans le même sens, est orientée la réaction contre le délit (22).

La solution traditionnelle, c'est le maintien du contrat. On objecte, il est vrai, qu'à Rome le mineur n'était pas à proprement parler un incapable; lorsqu'il avait fait des opérations ruineuses pour ses intérêts, le préteur lui accordait l'*in integrum restitutio*, et celle-ci avait seulement pour but de paralyser les effets du contrat qui restait entièrement valable au point de vue du droit civil: c'était donc une faveur, que l'on pouvait refuser à celui qui s'en était montré indigne; le préteur, par son refus d'intervention, laissait alors apparaître le contrat comme valable. Il n'en aurait pas été de même pour l'impubère qui est un véritable incapable; il aurait toujours pu invoquer la nullité de l'engagement contracté sans l'*auctoritas* du tuteur, sous réserve de la réparation du dommage causé par son dol (23).

(21) Deschamps (*op. cit.*, n° 92) note d'ailleurs qu'il y a d'autres hypothèses de ce genre, et cite par exemple celle du rapport de dettes.

(22) Les dispositions du Code civil allemand ne peuvent fournir aucun appui: l'acte de l'incapable n'est pas annulable, il n'acquiert efficacité que par la ratification du représentant légal (§ 108), et le dol du mineur n'y change rien (Crome, *System des deutschen bürgerl. Rechts*, I, Tübingen, 1900, p. 362); à la vérité on n'a pas admis la responsabilité fixée à l'intérêt positif comme pour le représentant (§ 179-1). Le mineur répondra dans les conditions des paragraphes 826 et 828, et il répondra des dommages-intérêts négatifs, mais sans la limitation à l'intérêt positif qu'on ne peut établir en dehors d'un texte, lequel fait défaut au chapitre relatif à la Geschäftsfähigkeit (Brock, *op. cit.*, p. 74, 205 ss.).

(23) Il n'y a pas de textes: Deschamps (*op. cit.*, n° 70 et 94)

Or, dit-on, la situation du mineur actuel aurait été calquée, non sur celle de l'impubère romain, mais bien sur celle du mineur de 25 ans ; et c'est ce que prouverait l'exigence de la lésion qui le différencie des incapables proprement dits ; on ne saurait, dit-on, parler d'une incapacité de se léser, sinon il faudrait dire aussi que le majeur est incapable de se léser de plus des sept douzièmes du prix de vente d'un immeuble (24). De tout cela, il faudrait conclure qu'en droit actuel le mineur n'est pas incapable de contracter ; la loi, comme autrefois le préteur romain, lui accorde seulement par faveur une restitution pour lésion ; mais comme il n'est plus digne d'intérêt au cas de dol, il ne sera pas restituable. Comme on le voit, il y aurait là une situation spéciale au mineur qui ne devrait pas être étendue aux incapables proprement dits.

Mais peut-être est-ce là une erreur d'interprétation : l'exigence de la preuve d'une lésion restreint l'incapacité, mais ne la supprime pas comme le montrent, non seulement les paroles de Jaubert (25), mais encore l'assimilation établie par les articles 1124, 1125-1° et 1312 entre le mineur, l'interdit et la femme mariée. Il n'y a plus, comme en droit romain, opposition de sanctions entre nullité et *in integrum restitutio* en matière d'incapacités, mais un régime unique qui se rapproche de l'*in integrum restitutio*, comme le prouve le langage même de la loi (26) : l'annu-

argumente du D. 26,7, *Q. falso tul.*, 4, 6 ; V. aussi Legros, *op. cit.*, p. 29.

(24) Deschamps, *op. cit.*, n° 94 ; mais on ne peut parler d'incapacité pour une mesure concernant un acte isolé (Legros, *op. cit.*, p. 31).

(25) Locré, XII, p. 495 ; V. aussi Bigot du Préameneu, Locré, XII, p. 391.

(26) Art. 1312. — Au contraire, selon M. Japiot (*op. cit.*, p. 338 ss., 341 ss., 396 ss., 485 ss.), l'idée d'une restitution attributive d'un

labilité n'est ainsi qu'un moyen de protection refusé à celui qui n'en est pas digne. La jurisprudence est en ce sens (27).

Ce système préventif a été adopté par la loi du 10 juillet 1850 (C. civ., art. 1391-4^o) : dans le cas où l'acte de mariage porte que les époux se sont mariés sans contrat, la femme qui ne rectifie pas cette assertion, faussement donnée à l'officier de l'état civil, au moment de la conclusion du contrat, sera réputée à l'égard des tiers capable de contracter dans les termes du droit commun (28). On a vu là une nouvelle exception à interpréter restrictivement : c'est que cette incapacité résulte, dit-on, non pas de la loi, mais de la volonté de la femme ; elle peut s'y soumettre, mais alors elle doit le dire franchement et sans chercher à induire les tiers en erreur (29). On conviendra qu'il y a dans ce système quelque chose de singulier : si la femme réussit à tromper les tiers sur sa qualité de femme dotale, sa responsabilité lui fera perdre le bénéfice de cette qua-

droit, à la manière prétorienne, ne serait plus qu'une survivance historique injustifiée ; le juge n'a plus un pouvoir de droit arbitraire, mais seulement un rôle d'appréciation en fait ; la nullité n'est subordonnée qu'à une option de la partie, et cette déclaration d'option s'impose au juge ; les causes d'annulabilité objectivement fixées constituent un droit auquel on peut renoncer par une confirmation ; il n'y aurait donc pas de différence fondamentale entre le système d'annulation judiciaire et le système allemand de la déclaration d'annulation (*op. cit.*, p. 397, n. 1). Mais même en acceptant ce point de vue, on peut toujours admettre la possibilité d'une privation de droit à titre de sanction, et notre article 1310 nous impose ici cette manière de voir.

(27) Grenoble, 21 décembre 1822 ; Cass., 15 juin 1824, D., *Rép.*, X, 138 ; V. aussi D., *Rép.*, V^o *Interdit*, n^{os} 248 ss. ; *Suppl.*, *eod.* V^o, n^{os} 281 ss. Pour la femme mariée, Req., 6 avril 1898, D. 98.1.306 ; V. cep. Paris, 6 novembre 1866, S. 67.2.294.

(28) Req., 5 février 1894, D. 94.1.446, S. 95.1.21.

(29) Deschamps, *op. cit.*, n^{os} 95 s.

lité ; mais si par ses manœuvres elle réussit à se faire passer pour non mariée (30), de son dol ne naîtrait qu'une obligation à des dommages-intérêts. Mais au contraire la loi de 1850 a pris une position décisive concernant la responsabilité de l'incapable ; dans la discussion, il fut reconnu que la simple action en dommages-intérêts était insuffisante, et c'est pour ce motif que l'on fit échec au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales (31). La violation grave de la loi de protection décourage la bonne volonté du législateur.

II. — *Dol et violence sur le consentement.*

Nous voyons dans ces faits des causes de responsabilité dont la sanction sera une action en annulation qui permettra d'éviter le préjudice imminent, ou de réparer le dommage consommé.

a) Dans les sociétés primitives, il ne saurait être question de protéger la volonté des contractants ; celle-ci est indifférente en elle-même, elle ne crée pas l'obligation ; les hommes de cette époque ne se sentent liés que par l'intervention de certains éléments externes, de certaines formes qui expriment l'obligation d'une manière concrète, paroles et gestes destinés à frapper les oreilles et les yeux ; il suffit pour la validité d'un contrat que l'on ait observé les formes fixées par la coutume : « erreur ou même dol, bonne ou mauvaise foi sont choses indifférentes » (1). Les conditions du milieu, la rareté et l'importance des actes juridiques qui lient des familles entières, expliquent seules

(30) Fraude devenue difficile depuis la loi du 17 août 1897, mod. C. civ., art. 76.

(31) Legros, *op. cit.*, p. 34.

(1) Brissaud, *op. cit.*, II, p. 1377, 1393 ; Girard, *op. cit.*, p. 428 ss.

ce régime ; d'ailleurs l'exigence même des formes constitue une protection préventive, et aussi le concours nécessaire à l'acte de magistrats ou de témoins. L'état économique s'étant modifié, le formalisme n'est plus qu'une gêne pour le commerce développé, et les contrats tendent à devenir consensuels : de là l'importance attachée à la volonté, et l'abandon du système d'interprétation littérale pour mieux pénétrer les intentions des parties.

Cependant, par un trait caractéristique de l'ancien droit, la protection première se fit sur le terrain délictuel, peut-être parce que les faits délictueux ont une matérialité qui frappe davantage les hommes primitifs (2). Le préteur érigea en délits spéciaux les menaces ou manœuvres frauduleuses dont s'était rendu coupable l'un des contractants. Cependant ce caractère pénal des actions s'obscurcit assez vite par suite d'une particularité de leurs formules : elles étaient arbitraires et l'intérêt qu'avait le défendeur à éviter la condamnation faisait que pratiquement elles aboutissaient toujours à la résolution du contrat vicié. D'autre part, dans les contrats de bonne foi qui tendent à devenir les plus importants, la victime de la violence ou du dol pouvait se dispenser d'intenter ces actions : grâce aux pouvoirs d'appréciation très larges du juge, elle était protégée par le droit même de son contrat (3).

Au moyen âge, les interprètes séparent, dans les actions *quod metus causa* et *de dolo*, la réparation pécuniaire et l'annulation ; l'action *quod metus causa* comporte deux sentences, ou, plus exactement, elle s'est dédoublée pour

(2) Brissaud, *op. cit.*, p. 1393, observe aussi que dans les lois barbares (L. Baiuw., 13,9 ; Ed. Roth., 230) le dol est admis comme cause de nullité avant l'erreur.

(3) Girard, *op. cit.*, p. 412 ss., 456 ss.

donner naissance à deux actions absolument distinctes : il y a d'abord une action en rescision qui est seule véritablement l'action *quod metus causa*, et l'action pénale n'intervient qu'au cas d'inexécution de la première sentence ; aussi dit-on : *actio quod metus causa non est ab initio penalis*. Et, quoique les textes soient moins nets pour l'*actio de dolo*, il semble aussi qu'elle ait dépouillé son caractère délictuel (4). Envisagées comme de simples actions en rescision, elles ne devaient pas tarder à se rapprocher d'autres causes de rescision, comme l'erreur : d'où la théorie classique des vices du consentement.

b) Cette théorie est mal construite, elle assimile des faits de signification différente. Scientifiquement, on a dit que « pour être pleinement efficace, la volonté doit être libre et éclairée » ; il n'y aurait donc que deux vices de la volonté, la contrainte et l'erreur (5) : dans quelle mesure sont-ils pris en considération pour eux-mêmes ?

Depuis longtemps, on a remarqué que la contrainte à

(4) Renard, L'idée d'annulabilité chez les interprètes du droit romain au moyen âge, *Nouv. Rev. hist.*, 1903, p. 214 ss. ; V. surtout nos 11 ss.

(5) Planiol, I, n° 274. — Le terme d'erreur n'est pas assez général s'il désigne exclusivement « cet état intellectuel où l'idée de la réalité est obscurcie et cachée par une idée fausse ». En effet, une cause plus large de défaut de discernement peut résider dans l'ignorance : « On peut très bien n'avoir aucune notion des choses sans en avoir une fausse notion » ; certains comprennent cependant l'ignorance dans l'erreur ; V. Zitelmann, *op. cit.*, p. 327 : *der Irrtum ist unrichtige oder mangelnde Vorstellung* ; Gaius, I, 67 ; Ulpien, *De reg.*, VII, 4. — L'hypothèse d'erreur est la plus pratique, l'ignorance ne devant guère donner lieu qu'à des omissions (Vareilles-Sommères, *op. cit.*, n° 4) ; la doctrine est fixée dans le sens de leur assimilation (Doneau, I, 19, § 5 ; Savigny, III, p. 113, 128 ; Unger, II, § 91 ; Aubry et Rau, IV, § 343 bis, n. 1^{re} ; Holland, *op. cit.*, p. 102).

elle seule n'était pas une cause de nullité ; Doncau exigeait que les nécessités proviennent du fait d'autrui et ne soient pas purement personnelles ; aussi le Code civil parle-t-il de violence et non de contrainte, voulant affirmer que le vice du consentement reste irrelevant en dehors d'une action immorale d'autrui. Les auteurs font remarquer que c'est la crainte qui est le vice du consentement, ce qui n'est pas inexact ; mais précisément ce vice n'est pris en considération qu'autant qu'il résulte d'un fait répréhensible. On a dit cependant que le Code civil lui-même autoriserait une déduction opposée : l'article 1114 déclare expressément que la seule crainte révérentielle envers le père, la mère ou un autre ascendant ne suffit pas pour faire annuler le contrat ; il paraît ainsi se placer uniquement du point de vue de l'obligé (6). Cependant cette manière de lire le texte nous paraît peu admissible : ce n'est pas de la crainte seule qu'il est question, mais bien de la crainte révérentielle, laquelle doit s'entendre d'une influence et d'un ascendant peut-être excessifs des personnes visées : il n'y a rien là que la loi juge pouvoir critiquer ; à plus forte raison la crainte non révérentielle sera-t-elle dépourvue de signification juridique. C'est une tradition que tous les Codes modernes ont accueillie, et spécialement le Code civil allemand (§ 123) qui vise les menaces (*Drohung*). Savigny avait déjà observé que « si... la crainte excluait la liberté, il devrait être indifférent que la crainte fût spontanée, ou bien excitée par des menaces, puisque, dans les deux cas, l'état intellectuel de celui qui craint est identique. Comme la protection de la loi s'ac-

(6) Saleilles, *Bull. Soc. Et. lég.*, V, 1906, p. 219. — Cette disposition se retrouve dans d'autres lois (V. par ex. la loi bulgare sur les oblig. et contrats ; art. 204).

corde non pas à la crainte, mais à la crainte provoquée par des menaces, le motif de cette protection n'est pas le défaut de liberté dans la personne de celui qui a éprouvé la crainte, mais l'immoralité de l'auteur des menaces (7). »

Pour l'autre vice du consentement, l'erreur, il est exact qu'il est pris en considération par la loi, mais non pas d'une manière générale, sinon l'annulation pour dol perdrait sa signification, puisque le dol n'a pour but que de produire l'erreur. Le problème des rapports généraux de l'erreur et du dol ne peut être entrepris ici ; on se bornera à rappeler cette solution sûre que le dol a un champ d'application plus large que l'erreur : notamment s'il s'agit de simples motifs d'opportunité qui ont décidé l'une des parties au contrat, le dol pourra entraîner l'annulation là où l'erreur resterait indifférente. Donc dans ces hypothèses qui, comme le remarque M. Bourcart, constituent la sphère propre d'influence du dol, ce n'est pas le vice de la volonté qui fonde le droit de la victime (8).

Ainsi on peut dire que le dol et la violence sont pris en considération parce qu'ils sont « en opposition directe avec la fin du droit qui est de garantir à la personnalité l'indépendance de son développement » ; il y a là « une immoralité qui entreprend sur le domaine du droit et a de l'affinité avec l'injustice... Il appartient au droit positif d'écarter par des dispositions efficaces cette immoralité de son domaine » (9). En d'autres termes, on doit considérer le dol et la violence comme des délits ; et la nécessité indiscutée d'un vice du consentement chez la victime signifie simplement que, dans les délits civils, la simple tentative,

(7) *Op. cit.*, III, p. 110.

(8) Bourcart, note S. 1906.2.242.

(9) Savigny, *op. cit.*, III, p. 110 s., 117.

non suivie de succès, n'est pas prise en considération (10). Tel paraît avoir été le point de vue du Code civil allemand qui, pour les opposer à l'erreur (§§ 119 ss.), a rapproché dans le même paragraphe (123) le dol et la violence ; à la vérité, il a été indiqué que pour ces derniers faits le fondement de la nullité était l'atteinte à la liberté, et que spécialement, au cas de dol, ce n'était pas l'erreur qui à elle seule aurait pu être insuffisante (11). Cependant le dol ne nous paraît pas impliquer une atteinte grave à la liberté : des mobiles inexacts, des jugements trompeurs sont présentés à la volonté pour l'égarer, mais elle reste strictement libre de repousser les tentations et d'éclaircir les données du contrat. Le seul point commun est dans l'idée de délit ; même la violence présentera le plus souvent, quoique non pas toujours, le caractère d'un délit pénal ; et aussi pour le dol, on doit noter que la législation contemporaine semble de plus en plus disposée à étendre le domaine de ce qu'on nomme le dol criminel (12).

c) Si dans l'histoire et dans la science l'idée du délit trouve des bases solides, ses conséquences sont-elles et sont-elles seules en accord avec l'état actuel du droit ?

L'admission d'une *diligentia in contrahendo*, ayant un caractère tout à fait général, nous pousse à tenir compte à la fois des agissements de la victime et de l'auteur du dol ;

(10) Au contraire, les menaces et les manœuvres frauduleuses, qui constituent le délit prévu et puni par les articles 414 et 415 du Code pénal, peuvent ne pas avoir atteint leur but, qui était de porter atteinte à la liberté du travail ; la tentative, dans le sens du Code pénal, article 2, est punissable (Pic, *op. cit.*, n° 315).

(11) Saleilles, *Décl.*, § 123, n° 1, 2.

(12) Thaller, *op. cit.*, n° 1005 ; Comp. Planiol, Dol civil et dol criminel, *Rev. crit.*, 1893, p. 545 s., 649 ss. — V. pour la violence, Caen, 9 avril 1853, S. 54.2.189.

le droit doit assurer le triomphe de ceux qui ont eu la conduite la plus normale, et si le déclarant pouvait et devait s'apercevoir de la fausseté des expédients de l'autre partie, il y a là une faute lourde qui peut compenser le dol du co-contractant et justifier le refus de l'action (13). Il ne suffit donc pas que le consentement ait été vicié en fait, il faut encore qu'il ait dû l'être : souvent il a été jugé que l'un des contractants ne peut agir à raison du dol de l'autre lorsqu'il lui eût été facile de le déjouer ; cependant le vice du consentement a pu réellement exister, mais il y a faute commune : le demandeur doit se reprocher l'imprudence et la légèreté de sa conduite ; il s'est placé lui-même dans une situation génératrice de responsabilité (14).

(13) Chironi e Abello, *op. cit.*, I, p. 483 ; C. Montén., art. 910. — Si la loi critique seulement le *dolus*, non la *culpa*, cela s'explique ainsi tout naturellement par le jeu des principes généraux de la responsabilité précontractuelle et le mode spécial de compensation des fautes. Telle ne paraît pas être l'opinion de M. Planiol qui fait du dol dans la formation des contrats une théorie tout à fait spéciale : « Quant au mot dol, dit-il, on doit éviter de s'en servir à propos des délits, parce qu'il trouve ailleurs, dans la matière des contrats, une occasion de s'employer où il est indispensable ; le dol est le genre de fraude qui consiste à déterminer une personne à contracter en la trompant » (II, n° 816) ; de même pour l'exécution des contrats : « Ainsi les art. 1150 et 1151, C. civ., qui parlent du dol commis par le débiteur au cas d'inexécution de l'obligation, emploient un langage peu exact : il est trop tard alors pour commettre un dol, il ne peut plus être question que de fraude » (II, n° 1069). Mais ce langage n'est suivi par personne, pas même par M. Planiol (II, nos 250, 896) ; on entend par dol toute faute intentionnelle, et on expliquera plus loin le sens de la distinction du dol et de la violence ; il n'y a pas de motifs pour séparer dans les termes les diverses formes de responsabilité.

(14) Comp. Liège, 3 juin 1903, *Pas.*, 1903.2.9 ; sur tous ces points, Chardon, *Traité du dol et de la fraude en mat. civ. et comm.*, Paris, 1838, I, n° 9 (et les arrêts de la C. cass. cités) ; Bédarride, *Traité du dol et de la fraude en mat. civ. et comm.*, Paris, 1876, I, nos 22 ss.

Relativement à la violence, l'article 1112 présente cependant une formule un peu équivoque ; il déclare que la violence doit être « de nature à faire impression sur une personne raisonnable », ce qui semble se référer à un critérium absolu ; mais il ajoute aussitôt que la question doit être appréciée d'une manière relative et selon les circonstances : « On a égard, en cette matière, à l'âge, au sexe et à la condition des personnes. » Un essai de conciliation avait été tenté par Colmet de Santerre (15) : l'article 1112-1° établirait une sorte de maximum au delà duquel l'appréciation du juge ne pourrait s'exercer ; l'alinéa 2 laisserait au juge toute sa liberté d'appréciation dans ces limites ; donc si la violence peut faire impression sur une personne raisonnable, cela suffit ; sinon, on tiendra compte de l'état *in concreto*. A notre avis, un criterium abstrait de cette nature est insignifiant et peu pratique ; on doit au contraire se placer d'abord dans la situation où étaient les parties elles-mêmes et apprécier si les faits imputables à l'un des contractants étaient assez graves pour qu'il pût en résulter un vice du consentement chez l'autre ; on devra donc considérer l'état physique et mental de la victime, on tiendra compte de la différence d'impression que peuvent causer les menaces sur un adulte ou un vieillard. Mais, une fois cette appréciation faite, on doit observer ce que, dans leurs situations propres, ces personnes pouvaient conserver de force de résistance, et n'admettre la violence comme déterminante qu'autant que leur conduite est encore normale, car elles ne seraient pas fondées à se prévaloir d'une vaine crainte ; sur elles aussi pèse l'obligation à la *diligentia* nécessaire ; en d'autres termes, elles

(15) *Op. cit.*, V, n° 22_{bis}, I.

doivent, dans leur état subjectif, s'être comportées d'une manière normale, raisonnable. Une menace adressée à un banquier de le faire traduire en police correctionnelle sous l'inculpation d'abus de confiance, n'est pas une violence donnant droit à l'annulation, s'adressant à un homme au courant des affaires (16). Au contraire, la renonciation au bénéfice d'un testament obtenue de gens illettrés par un notaire qui les menace de poursuites criminelles pour le cas où ils en voudraient faire usage, sera annulée pour violence (17).

De même du dol : on tiendra compte de la finesse de l'artifice, et on comparera la situation des contractants : l'âge, la faiblesse d'esprit, l'ivresse sont autant de facteurs de l'inégalité contractuelle (18). Mais lorsqu'on se trouve en présence d'un homme de capacité normale, on peut se montrer plus exigeant : et il semble bien que des déclarations mensongères ne seraient suffisantes pour constituer le dol qu'autant que le co-contractant avait des raisons sérieuses d'y croire : une crédulité excessive n'est pas admise dans les relations d'intérêts ; il faut qu'ait été trompée cette confiance raisonnable que l'on se doit en rapports d'affaires (19). Encore une fois peu importe que la volonté ait été viciée, si elle devait ne pas l'être : la victime du dommage ne doit avoir à se reprocher aucune imprudence, aucune négligence grave, surtout aucun dol : c'est en effet une solution traditionnelle que l'on peut opposer à l'action tirée du dol une fin de non-recevoir

(16) Lyon, 7 févr. 1882, *Gaz. Pal.*, 83.1.6.

(17) Douai, 28 juin 1841, D. 42.2.90, P. 42.1.134.

(18) Cass., 25 avril 1809, D. *Rép.*, V^o *Disp. entre vifs*, n^o 258-2^o ; Cass., 13 déc. 875, D. 76.1.176, S. 76.1.178, P. 76.163.

(19) Aubry et Rau, IV, § 343 *bis*, n. 23 (et les arrêts cités).

basée sur le dol de la partie qui l'intente ; ainsi, lorsque deux parties se sont mutuellement trompées, aucune d'elles ne peut demander l'annulation pour dol : *si duo dolo malo fecerent, invicem de dolo non agent* (20). Cette solution reste une énigme pour les défenseurs de l'idée de vice du consentement : car l'erreur bilatérale donnerait naissance à deux actions en nullité.

d) Il suffit ici de rappeler que l'incapable répond du dol dans la formation des contrats ; et comment cela serait-il concevable en dehors de l'idée d'un délit ? Le simple vice du consentement chez l'autre partie ne lui ouvrirait pas un droit semblable contre celui qui a une action pour se délier du contrat ; mais l'incapable de mauvaise foi perd le bénéfice de ne restituer que l'enrichissement. De même la théorie générale ne permet pas davantage d'expliquer les doubles effets du dol du représentant ou du messenger, tels qu'ils ont été exposés.

e) Le dol ne produit pas seulement une action en nullité, mais encore une action en dommages-intérêts. Comment expliquer cette métamorphose du délit en vice du consentement ? Or elle peut se produire dans trois ordres d'hypothèses.

La victime qui aurait droit à l'action en nullité peut préférer la simple action en dommages-intérêts parce que la nullité serait contraire à tous ses intérêts. On a cité le cas d'un individu qui acquiert une propriété qu'il est venu habiter avec sa famille ; il s'aperçoit qu'il a été trompé et regrette son acquisition ; mais il a pris de nouvelles habi-

(20) D. 4, 3, *de dolo malo*, 36 ; Chardon, *op. cit.*, n° 16 ; Req., 5 therm. an XII, D. *Rép.*, V° *Oblig.*, n° 236 ; *Allgem. Preuss. Landrecht*, I, § 357 ; C. civ. esp., art. 1240, al. 1. — Comp. la réciprocité des torts comme fin de non-recevoir de l'action en divorce.

tudes, quitté son ancienne résidence et fait dans sa fortune des changements sur lesquels il ne peut plus revenir ; il pourra demander des dommages-intérêts (21). La possibilité de ce choix est décisive en faveur du point de vue délictuel ; elle est admise par notre jurisprudence sous la forme d'une demande en réduction de l'engagement : on pose en principe que « qui peut le plus peut le moins » : l'ayant droit à la nullité a droit à la réduction (22).

La victime qui a droit à l'action en nullité peut avoir droit en outre à des dommages-intérêts. « L'annulation du contrat, dit M. Planiol, est le procédé employé pour donner à la victime du dol la meilleure des réparations possibles, celle qui correspond le mieux à la nature du préjudice causé (23). » En effet elle se plaint principalement de la conclusion du contrat, et alors la nullité tend à rétablir l'état de choses qui aurait existé si l'acte juridique n'avait pas eu lieu ; mais si des frais ont été faits, si des occasions avantageuses ont été manquées, l'intérêt négatif peut être réclamé entièrement, et une limitation à l'intérêt d'exécution serait ici inadmissible puisque le demandeur cherche précisément à se délier d'un contrat onéreux. L'hypothèse d'un contrat manqué est d'autant plus aisément concevable que le dol, pour être déterminant, n'a pas besoin d'avoir éveillé l'idée de contracter (24) : ainsi A a spontanément conçu l'intention de vendre sa maison,

(21) Chardon, *op. cit.*, I, n^{os} 24 s. ; Bédarride, *op. cit.*, n^o 275.

(22) Perrin, *op. cit.*, p. 56 ss., et les espèces citées.

(23) *Op. cit.*, II, n^o 1063-2^o. — Suivant A. Ritter (*op. cit.*, p. 80 ss.), l'acquéreur trompé s'estime le plus souvent trop heureux de sortir du contrat les mains nettes, ce qui expliquerait la rareté des recours.

(24) Cuq, *Les inst. jurid. des Romains*, II, p. 356, n. 10 ; Planiol, *op. cit.*, II, n^o 1063-1^o ; D. *Rép.*, V^o *Oblig.*, n^o 206

mais il existe certaines circonstances qui l'auraient détourné de la vendre à B s'il les avait connues, et le dol de B a eu précisément pour but de l'empêcher de les découvrir : un dol de cette nature ouvre le droit à la nullité parce qu'il a décidé de la conclusion de ce contrat ; mais, l'erreur dévoilée, le vendeur eût pu conclure contrat sur d'autres bases, ou avec d'autres personnes (25).

La victime qui n'a pas droit à l'action en nullité peut avoir droit, d'autre part, à une action en dommages-intérêts : à cette dualité d'actions se rattache la célèbre distinction du dol principal et du dol incident. Les termes en ont été critiqués et ils sont une invention des glossateurs ; mais les Romains connaissaient déjà au moins une opposition entre les cas où l'annulation était accordée, ou seulement une réparation pécuniaire (26). La distinction ne se réfère pas à l'instant de la formation contractuelle où le dol se produit : le dol principal peut intervenir au cours de négociations, spontanément acceptées. La différence généralement établie consisterait en ce fait que le dol incident ne pousse pas au contrat, mais seulement à l'adoption de conditions plus onéreuses ; il est possible qu'il y ait là une interprétation de volonté assez raisonnable qui permette de fixer la pratique, à condition toutefois de n'en pas faire une présomption absolue et de toujours réserver

(25) Il est généralement admis que les dommages-intérêts dus par le vendeur de mauvaise foi sur l'action rédhibitoire correspondent à l'intérêt négatif (Ihering, *op. cit.*, p. 17, n. 18 ; Eisele, *loc. cit.*, p. 489, n. 39).

(26) Placentinus, *de varietate actionum*, IV, 58. Sur l'interprétation des divers textes romains, et notamment d'Ulpien (D. 4, 3, *de dolo malo*, 7) pour lequel Noodt (*de forma em. doli mali*, III, p. 485) avait soutenu l'existence d'une interpolation, comp. Sprenger, Ueber *dolus causam* dans und *dolus incidens*, *Archiv. f. d. civ. Praxis*, t. 88, 1898, p. 361 ss.

l'examen du détail des déclarations (27) ; mais en général il est vrai que la tromperie sur le prix ne sera pas la cause déterminante du marché ; c'est malgré, et non à cause de l'élévation du prix qu'on se décidera à conclure tel contrat. Pour faire monter le prix de sa maison, le vendeur produit des baux simulés ; l'acquéreur ne pourra critiquer la conclusion du contrat elle-même. Mais on ne partira pas de là pour faire remonter la portée de la distinction à la gravité du vice du consentement, comme semblent le faire certaines législations (28) : le dol qui a pour but une altération de la valeur serait un dol incident parce que l'erreur correspondante n'ouvre pas une action en nullité ; il est vrai que l'erreur sur les points accessoires reste inefficace, et que lorsque le dol porte sur une qualité non substantielle de la chose, il « ne peut produire qu'une modification partielle de la convention, égale à l'étendue du préjudice causé » (29) ; mais il faut se rappeler que toute erreur essentielle n'est pas prise en considération par la loi, et lorsque l'annulation pour erreur est exclue, le dol déterminant a encore une sphère d'application propre.

(27) Planiol, *op. cit.*, II, n° 1067. — C'est donc à celui qui invoque le dol déterminant à prouver le lien de causalité entre la tromperie sur la modalité et la formation du contrat ; mais le résultat du silence du C. civ. all. ne sera-t-il pas de renverser la charge de la preuve ? La tromperie sur la déclaration du prix une fois prouvée, ce sera au co-contractant qui veut éviter l'application du paragraphe 139 à prouver que la volonté d'acheter existait en dehors du dol ; comp. Sprenger, *op. cit.*, p. 388 ss.

(28) Comp. le C. civ. autr., §§ 872 s. ; *Allg. Pr. Landrecht*, I, 4, § 87.

(29) Planiol, *op. cit.*, nos 1055, 1066 ; Aubry et Rau, IV, § 343 bis, n. 6 bis, 6 ter. Il y a, à la vérité, des annulations pour erreur sur le prix, qualifiée par les juges erreur sur la substance (Req., 4 août 1875, D. *Rép.*, V° *Vente*, n° 44).

La formule de la loi pourrait paraître équivoque : elle exige que les manœuvres pratiquées par l'une des parties soient telles qu'évidemment, sans ces manœuvres, l'autre partie n'eût pas contracté ; et la difficulté n'est pas tranchée par un recours à la gravité relative du vice du consentement, ou par une détermination objective des éléments essentiels et des modalités. Dol sur la capacité, dol sur la valeur, dol sur la solvabilité, etc..., autant de manœuvres sans lesquelles il est évident que l'autre partie n'eût pas contracté ; on allègue, il est vrai, qu'elle aurait contracté, mais non pas sur ces bases, à un prix moins élevé, ou l'incapable étant habilité, ou des garanties de paiement plus grandes ayant été fournies ; ou encore elle eût passé un contrat de même nature avec d'autres personnes. Mais la question est mal posée autour de la passation du contrat envisagée en quelque sorte *in abstracto*, puisque le dol, pour être déterminant, ne doit pas nécessairement avoir éveillé l'idée d'un contrat en général ; c'est autour du contrat envisagé dans l'espèce que la difficulté s'agite (30), et le problème est un problème de réparation : il s'agit de rechercher si le contrat en question est critiquable dans sa totalité comme conséquence des manœuvres, parce qu'alors l'annulation sera en principe le mode d'indemnisation le plus heureux. Pratiquement, en effet, le demandeur agira pour la nullité du contrat, ou pour sa réduction à titre d'indemnité : dans la première hypothèse on lui demandera d'établir le lien de causalité entre les manœuvres de son co-contractant et la conclusion du contrat : s'il parvenait à démontrer que, sans les manœuvres frauduleuses dont son co-contractant a usé pour

30) Aussi Laurent, XV, n° 523, trouvait les termes de la distinction purement scolastiques ; comp. aussi Huc, VII, n° 37.

se représenter comme solvable, le contrat n'eût pas été conclu, il pourrait y avoir lieu à annulation parce que l'annulation correspond à l'intérêt de la victime (31). S'il y a eu seulement une demande de réduction, il faudra établir le lien de causalité entre l'agissement dolosif et l'étendue du dommage dont on réclame réparation. Ainsi l'annulation est en quelque sorte incluse parmi d'autres procédés de réparation, parmi lesquels elle présente seulement cette particularité d'être un mode plus direct, retenant en elle certains éléments d'ordre pénal et préventif (32).

f) Si le dol émane d'un tiers, la victime n'a que l'action en dommages-intérêts pour se faire indemniser par l'auteur du dol, et cependant le vice du consentement existe nécessairement *erga omnes* ; aussi a-t-on souvent soutenu sur l'article 1116 du Code civil le caractère délictuel du dol (33), puisque ce que l'on considère, c'est seulement la conduite du bénéficiaire du contrat : il a droit au contrat s'il n'a pas commis de dol, ou s'il n'a pas participé au dol d'un tiers : à la vérité on regarderait comme un fait de complicité véritable sa négligence à le dévoiler ; d'autre part, le paragraphe 123 du Code civil allemand accentue encore son obligation à la diligence, car l'annulation pourra être demandée contre lui s'il a dû connaître le dol, c'est-à-dire s'il y a une faute de négligence de sa part à ne l'avoir pas connu (34). Mais la solution traditionnelle a

(31) Au contraire pour le dol sur la capacité, la suppression de l'action en annulation de l'incapable épuise son droit de critique (comp. Amiens, 27 juin 1877, S. 79 2.229 ; Trib. Langres, 23 mars 1887, *Gaz. Pal.*, 87.2, *Suppl.*, 19).

(32) R. Japiot, *op. cit.*, p. 37, n. 1.

(33) Marcadé, IV, 358 ss. ; C. de Santerre, V, n° 26.

(34) Aubry et Rau, IV, § 343 *bis*, n. 27 ; Planiol, II, n° 1063 ; Saleilles, *Déclar.*, § 423, n° 18.

été conservée par ce Code, et cependant elle avait été très attaquée dans la science, et dans l'élaboration du travail législatif de nombreux amendements avaient été déposés (35), les uns admettant, les autres excluant partout l'annulation, d'autres encore abandonnant la difficulté à l'équité judiciaire ; l'un d'eux, plus spécialement intéressant à notre point de vue, proposait d'appliquer la doctrine de la *culpa in contrahendo*. Sur la nullité, admise d'une manière absolument générale, il donnait au défendeur exempt de toute faute le droit de demander des dommages-intérêts à la victime du dol ; donc au cas de dol d'un tiers la victime était assimilée à la partie tombée dans l'erreur ; mais ce point de vue ne pouvait triompher au delà des limites de l'annulation pour erreur (36) ; l'extension de la nullité, avec le correctif des dommages-intérêts, fut à bon droit rejetée parce qu'on ne voulut pas frapper par la nullité un contractant sans dol ni faute.

Après cette récente expérience législative, il nous semble que les critiques (37) perdent toute valeur contre la distinction traditionnelle entre le dol et la violence ; mais peut-être objectera-t-on au système de la responsabilité de ne pouvoir à son tour expliquer la solution admise pour la violence (C. civ., art. 1111) ? Ce serait une erreur : depuis longtemps il est reconnu que la différence établie entre le dol et la violence ne se rattache pas à la gravité plus ou moins considérable du vice de la volonté : « Les actions *quod metus causa* et *de dolo*, écrivait M. P. Gide (38), ont

(35) Saleilles, *op. cit.*, § 423, nos 17, 20.

(36) V. aussi Planiol, *op. cit.*, II, n° 1064.

(37) Laurent, XV, n° 529 ; Bufnoir, *op. cit.*, p. 613 ; Planiol, *op. cit.*, II, n° 1073.

(38) *Rev. prat. de dr. fr.*, XIX, 1865, p. 239.

donc pour cause, non seulement le vice du consentement considéré en lui-même, mais les faits qui ont produit ce vice, faits coupables, dangereux, qu'il importe de réprimer. Si maintenant cette réparation est plus énergique pour les actes de violence que pour les actes de dol, rien de plus naturel et de plus logique, car les actes de violence apportent dans les relations sociales un trouble bien plus grave et plus alarmant. » Dans la discussion du Code civil allemand, il a été fait allusion, pour la défense de la solution qui a triomphé, à des situations assez inquiétantes qui pourraient se produire dans des époques de troubles (39). C'est donc dans la gravité relative des faits délictueux que la distinction trouve seulement une base : la situation créée par la violence est beaucoup plus fâcheuse.

Or, quelle est la portée exacte de cette distinction ? La violence exercée pour extorquer un consentement a toujours le caractère d'un dol et il a été jugé que là où on ne pouvait proprement reconnaître des menaces, on pouvait encore admettre l'existence de manœuvres ayant le caractère d'un dol (40). La signification de la différence établie se résume donc en ceci que la violence opère *in rem* et peut être invoquée contre tous, alors que l'annulabilité pour dol a un caractère plus personnel et relatif : or tout ceci ne va-t-il pas s'éclairer à la lumière des principes nouveaux dégagés en matière de responsabilité ?

Dans les sociétés où la paix civile est mieux affermie, les faits de violence sont infiniment plus rares que les ruses et les manœuvres ; l'économie du commerce a même apporté avec elle la conception d'un certain dol toléré ; Laurent (41) s'en indigne et se demande s'il n'y a pas lieu

(39) Saleilles, *Décl.*, § 123, n° 16.

(40) Solon, *op. cit.*, I, n° 226.

(41) *Op. cit.*, XV, n° 528.

de rappeler le mot de Cicéron que la place d'un honnête homme n'est pas dans une boutique, mais un excès de délicatesse diminuerait trop gravement le nombre des conventions valables. Donc, en soi, le fait de contracter emporte toujours l'acceptation de certains risques ; on doit se prémunir contre certaines manœuvres courantes de la vie et des relations ; les parties cherchent à se circonvénir et à faire une bonne affaire : il n'y a pas là un fait imprévu, mais en quelque sorte une des conséquences qui rentrent dans le cours naturel des choses, une des suites objectives du fait de contracter. Si une partie ne s'est déterminée à contracter que sous l'influence d'un tiers et de ses manœuvres, il y a dans ses déceptions un cas fortuit qu'elle ne peut imputer à son co-contractant, dont elle doit au contraire répondre envers lui, même en dehors de toute faute : c'est un risque auquel elle pouvait et devait s'attendre, une conséquence généralement propre de son initiative contractuelle ; elle a émis la déclaration dans son intérêt, elle doit garantir contre ce risque le destinataire de bonne foi : ce dernier sait que la déclaration émane d'une personne capable, on ne peut lui demander d'éclaircir la *quæstio voluntatis*, surtout si elle se pose par suite des manœuvres d'un tiers. Chacun des contractants doit répondre envers l'autre du caractère volontaire de sa déclaration ; mais selon les principes connus, cette responsabilité peut être exclue quand la divergence de la volonté et de la déclaration résulte d'une force majeure ; or tel est précisément le cas de la violence ; les vieilles formules stoïciennes sur le mépris de la force sont périmées ; dans les relations normales la *vis compulsiva* est déjà une *vis major* (42) ; si la violence trouble plus gravement que le

(42) Les auteurs édifient en dehors des textes une hypothèse de

dol la bonne marche des relations sociales, c'est parce qu'elle comporte une véritable impossibilité de s'y soustraire ; à cela se rattache la remarque connue d'Ulpien : *metus habet in se ignorantiam* ; la violence éclate à l'improviste, elle ne peut être prévue ; ce n'est pas un cas fortuit dont la partie violentée doit répondre ; aussi n'admettrions-nous pas que la partie lésée par l'annulation puisse lui réclamer la réparation de l'intérêt négatif (43) ; elle est déliée de toute responsabilité comme de toute obligation.

Ce rappel d'une distinction technique n'est qu'une précision apportée à l'explication générale, dont les grandes lignes sont conformes. M. Huc écrit notamment : « Elle (la distinction) est fondée sur la remarque déjà faite que *metus habet in se ignorantiam*. La violence est toujours ignorée avant qu'elle éclate, c'est-à-dire imprévue. La loi peut donc dire aux citoyens : vous pouvez vaquer sans crainte à vos transactions ordinaires ; s'il vous est fait violence, n'importe par qui, vous serez restitués. A l'in-

vis absoluta, qui serait une contrainte physique irrésistible, comme celle qui préside aux actes d'un hypnotisé (Savigny, III, p. 402 ; Sauleilles, § 123, n° 9 et les auteurs cités). Nous verrons qu'une antithèse entre le défaut et le simple vice de la volonté est de moins en moins soutenable si on admet la valeur juridique du fait de la déclaration ; il ne peut y avoir un état intermédiaire entre ce qui est voulu et ce qui n'est pas voulu. Il y a seulement une différence à établir selon que le défaut est dans la volonté ou dans la déclaration. Au cas de *vis absoluta* manque la liberté même de la déclaration ; au cas de *vis compulsiva* seulement la volonté psychologique ; mais cette absence de volonté est déjà l'œuvre d'une force majeure. Sinon, il faudrait admettre la possibilité d'une responsabilité résultant de l'émission de cette déclaration envers le destinataire ; comp. pour l'irresponsabilité pénale résultant de la contrainte morale, Garraud, *Tr. théor. et prat. du dr. pénal fr.*, 2^e éd., Paris, 1898, I, n° 273, p. 532 s.

(43) V. cep. P. Roux, *Des dommages-intérêts pour nullité de contrat*, Th. Paris, 1901, p. 105 s.

verse, le dol ne peut jamais émaner que des personnes avec lesquelles on se trouve en rapports. Or on doit toujours se méfier des individus qui, sans intérêt personnel apparent, viennent s'immiscer dans nos affaires ; puisqu'on doit se méfier, c'est que *dolus non habet in se ignorantiam* ; on peut le prévoir et il sera prévu et par conséquent déjoué si on est circonspect. La loi peut donc dire aux citoyens : soyez circonspects à l'égard des individus qui cherchent à vous circonvenir quand vous n'avez aucune affaire à traiter avec eux, car je ne vous relèverai des suites du dol dont vous serez victimes, que si ce dol émane de la partie avec qui vous avez contracté (44). »

On voit par là comment des solutions énigmatiques pour les partisans du dogme de la volonté s'éclairent par l'idée d'une *diligentia* requise de part et d'autre *in contrahendo*.

(44) *Op. cit.*, VII, n° 38.

VI

LIMITES DE LA RESPONSABILITÉ PRÉCONTRACTUELLE. RESPONSABILITÉ ET OBLIGATION.

De l'ensemble des problèmes débattus, on s'élève donc naturellement à la conception d'une *diligentia in contrahendo* absolument générale, qui fait que chaque partie doit s'informer de la situation de celui avec qui elle contracte, interpréter de bonne foi la déclaration à elle transmise, veiller en un mot à ne pas causer de préjudice, par-dessus tout s'abstenir de dol. Résumons brièvement ses conditions d'existence et ses effets.

a) La responsabilité, limitée au dol, puis à la faute, a débordé ces limites : on veut aujourd'hui faire répondre objectivement la victime de l'erreur, parce que la responsabilité existerait dans son erreur même, fût-elle excusable (1), et le dommage injuste que causerait à l'autre partie l'annulation du contrat ; or ce dommage ne résulte pas d'un abus, il rentre dans l'exercice légitime d'un droit. Certes ni la jurisprudence ni la loi n'ignorent que le droit de critique, le droit de se prévaloir de l'inefficacité, est susceptible d'abus, et ces abus ont une sanction (2). Mais

(1) Chironi e Abello, *op. cit.*, I, p. 478.

(2) M. Josserand (*De l'abus des droits*, Paris, 1905, p. 29) a rapporté un curieux arrêt de la Cour de Paris (5 janvier 1904, *La Loi* du 17 mars) refusant à un mari l'action en nullité parce qu'il résultait des circonstances de la cause qu'il se proposait d'en faire un usage anormal et peu honorable : après avoir gardé le silence pendant de

celui qui retire son offre, ou celui qui se retire d'un contrat pour erreur, usent d'un droit expressément reconnu, et cependant il leur faudrait répondre du préjudice causé ; il y a donc là un risque que tout contractant assume à l'égard de son co-contractant, et alors ne serait-il pas préférable de recourir à un principe de garantie, si l'on part principalement de la protection des expectatives légitimes ? M. Chironi trouve ce concept de garantie trop rigide, parce qu'il n'y aurait plus possibilité de rechercher une excuse dans la conduite du déclarant (3). Il faut comparer l'attitude observée de part et d'autre, parce qu'un agissement fautif d'une partie peut être compensé par un agissement fautif de l'autre ; et cette dernière serait en faute lorsqu'elle peut et doit connaître l'erreur, peut-être même le dol ; elle ne peut prétendre au droit d'invoquer ou de critiquer le contrat. On sait cependant que le droit moderne n'applique pas ici les principes de la stricte causalité : il y a un mode spécial de compensation des fautes, puisque la faute très légère peut combattre parfois les effets du dol lui-même, et cela parce qu'on peut dire alors du lésé : *damnum ex sua culpa sentit* ; mais précisément le rapprochement n'est-il pas plus facile avec

longues années, il n'agissait que guidé par un mobile personnel, purement égoïste ; il commettait là un abus d'un des attributs de la puissance maritale. M. J. Hémard (Des nullités de sociétés en droit allemand, *Ann. de dr. comm.*, XXIII, 1909, n° 23) relève aussi un abus du droit d'agir en nullité prévu par le paragraphe 318 du Code de commerce allemand ; ce texte frappe d'une amende celui qui fait usage des actions d'autrui pour agir en nullité, s'il agit sans l'assentiment du propriétaire des actions, ou avec son assentiment moyennant paiement d'une somme quelconque, et la même peine atteint le propriétaire qui prête ainsi ses actions contre argent, pour complicité par aide.

(3) Chironi e Abello, *op. cit.*, I, p. 394.

les rapports établis à l'intérieur d'un contrat, et spécialement les cas de perte du droit à la garantie ? Y a-t-il donc dès les tractations un rapport plus précis de confiance, un état nouveau d'obligation, une situation intermédiaire entre le fait matériel et l'acte juridique, une sorte de conglomérat du délit et du contrat ? Peut-on séparer de l'ensemble du patrimoine le droit de créance en formation, car il s'agit d'une obligation qui, au cas où le contrat serait efficace, serait nettement contractuelle, et cela nous autorise à remettre en question l'efficacité elle-même.

β) Dans ses effets, la responsabilité précontractuelle pourra aboutir à construire ou à détruire ou à modifier le contrat. Nouveau rapprochement avec la garantie : celle-ci était incompatible avec l'intérêt négatif, puisque la garantie ne peut avoir pour but que de donner effet à des relations entreprises (4) ; or la réparation de l'intérêt né-

(4) Là est la contradiction profonde du concept d'intérêt négatif ; nous ne sommes pas touchés par cet argument des commentateurs du nouveau Code civil allemand, que le paragraphe 307 est classé dans le droit des rapports contractuels et qu'aucun renvoi n'est fait, comme dans le paragraphe 276, au titre 25 : Des actes illicites ; on dit encore que la conception d'une responsabilité légale, de nature quasi-délictuelle, présentée par Kaufmann (*Komm. u. Instit. des B. G. B.*, § 307, n. 1) serait inadmissible pour le paragraphe 122 où aucune faute n'est exigée ; mais sous le titre *Des actes illicites*, le Code civil allemand a compris aussi certaines obligations à réparation indépendantes d'une faute ; peu importe qu'il y ait là un défaut de la technique légale, on peut seulement constater avec Brock (*op. cit.*, p. 196) que le problème de l'imputation objective du dommage n'a pas paru mériter encore une place indépendante. Il y aurait donc peu d'obstacles à une conception délictuelle ; et cependant la plupart des auteurs préfèrent admettre qu'il s'agit d'une lésion d'obligation d'acte juridique au sens large, *de culpa in contrahendo* (Planck, § 307, n. 4 ; Schollmeyer, § 307, n. 3 ; Titzel, *die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichem Recht*, Leipzig, 1900, p. 229) ; on admettra donc que le tribunal compétent

gatif était orientée au contraire vers la réalisation plus profonde de l'inefficacité de l'acte, quand la simple suppression des effets accomplis n'aboutissait pas à restaurer l'état économique antérieur ; il est vrai qu'alors l'inefficacité manquait son but et méritait les plus sévères critiques. D'ailleurs la limitation à l'intérêt d'exécution montrait clairement une autre tendance à rendre l'inefficacité et la responsabilité plus solidaires. Admet-on maintenant que la responsabilité peut construire le contrat, on sera certainement obligé de dire que l'action sera contractuelle, l'obligation une obligation d'acte juridique. Et l'analogie

n'est pas le *forum delicti commissi* (C. P. O., 32) et que la prescription n'est pas celle de 3 ans dont parle le paragraphe 852 du Code civil, mais bien la prescription de 30 ans (F. Kleineldam, *Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem B. G. B. f. d. deutsche Reich*, Jéna, 1901, p. 42 ; Brock, *op. cit.*, p. 197). Titze voudrait même que le délai de prescription fût celui de l'action en exécution du contrat, parce que selon le paragraphe 196 il pourrait arriver que l'action durât moins longtemps en cas de validité ; mais cela n'est pas décisif parce que l'action visant l'intérêt négatif est encore traité comme l'action en réparation pour inexécution. Beaucoup plus importante serait cette opinion du même auteur que les cautions et sûretés (sur les conditions de leur obligation, v. §§ 767, 1210) constituées pour le contrat obligatoire devraient répondre de l'intérêt négatif, mais elle ne paraît pas bien accueillie (Brock, *op. cit.*, p. 198 s.), car précisément on lui objecte qu'il s'agit d'une prétention dérivant d'un état contraire au contrat. Notre opinion jurisprudentielle paraît moins indécise : la vente d'un terrain faisant partie du domaine public est nulle, mais elle soumet le vendeur à l'action en garantie au cas d'éviction ; cette obligation de garantie pourra servir de base au cautionnement (Dalloz, *J. G.*, v° *Cautionnement*, n° 62). — Comp. pour la prescription de l'action en responsabilité des fondateurs de sociétés anonymes, la question de la solidarité de l'action civile et de l'action publique : il est généralement admis que l'action en dommages-intérêts n'est pas née du délit, « elle résulte, dit M. Thaller (n° 566) d'une promesse de constitution non tenue, ce n'est pas une action civile au sens du droit criminel ».

ne se poursuit-elle pas plus loin avec la responsabilité contractuelle si le dol oblige à la réparation de tout le préjudice, alors qu'en son absence le dédommagement ne pourrait excéder l'intérêt qui peut s'attacher à l'efficacité du contrat (5) ? On pourrait peut-être dire alors que la responsabilité a pris naissance dans le contrat en formation et que l'action de bonne foi qui sanctionne les relations établies vient au secours du lésé dans les conditions du contrat ; on aurait ainsi, comme le montrait déjà Ihering, une conception de la responsabilité construite selon le but et non selon la cause. Mais la situation est encore plus enchevêtrée, à raison des cas où la responsabilité aboutit à détruire ou à modifier le contrat ; tous les faits de dol, de violence, d'abus contrarient aussi la *diligentia* précontractuelle ; du principe posé par Labbé (6) : « quiconque se met en relations avec un autre pour la formation d'un contrat s'engage implicitement à agir loyalement dans les pourparlers préliminaires », il ne reste plus qu'à déduire, comme le faisaient les Romains, la concession de l'action du contrat pour détruire le contrat.

Le recours à l'article 1382 éviterait ces subtilités, malgré certaines particularités de nature mixte. Cependant le champ d'action de la *diligentia in contrahendo* paraît plutôt restreint par certaines doctrines récentes ; mais ce que le principe de responsabilité abandonne en étendue, il le gagne en netteté. La doctrine classique voit dans la responsabilité précontractuelle un correctif d'équité qui atté-

(5) On a souvent présenté des distinctions tout à fait générales selon l'étendue de la faute, et même entre la *culpa lata* et la *culpa levis* (P. Roux, *op. cit.*, p. 74) ; mais V. déjà les critiques de Bähr (*Krit. Viertelj. f. Gesetz. u. Rechtsw.*, XXX, p. 336 s.) contre les paragraphes 97 ss. du 1^{er} projet.

(6) Note S. 82.2.249.

nue les duretés de sa construction de l'acte juridique ; mais celle-ci à la fin est mise en discussion : la position du problème de la responsabilité a en effet obscurci les limites des diverses catégories d'obligations (7), et deux considérations accélèrent encore ce mouvement : d'abord, la reconnaissance d'une responsabilité qui serait attachée au simple fait, au retrait de l'offre, à l'annulation pour erreur, en dehors de toute conduite critiquable ; d'autre part, l'admission d'une réaction plus directe que l'intérêt négatif, qui entreprend sur l'acte même. On peut bien douter du caractère essentiel de ces éléments constitutifs, si dès qu'ils font défaut on admet que la responsabilité les supplée. Certes la responsabilité a un rôle important dans la formation de l'acte juridique, parce que le droit, là comme ailleurs, ne peut laisser sans sanction une conduite contraire au juste ; mais on ne lui assignera pas cette fonction incolore d'étayer une conception doctrinale chancelante, de servir d'arbitre entre les principes et l'équité ; il faut rétablir l'ordre de valeur vraie des éléments ; or l'étude de la période de préformation a mis en lumière que la séparation du fait matériel et de l'acte juridique était trop tranchée, que l'acte juridique ne se construit pas dans la vie comme dans les livres ; en fait la nouvelle conception naturaliste a abouti à reconnaître une obligation naissant d'une simple déclaration unilatérale de volonté ; et la substitution de l'obligation à la responsabilité (8) si-

(7) De même dans la théorie des fiançailles on ne sait plus dire s'il s'agit d'un fait matériel ou d'un acte juridique.

(8) Mais cette substitution est loin d'être encore pleinement acceptée, et nombre d'auteurs préfèrent toujours l'idée d'une *diligentia* aboutissant seulement au paiement de dommages-intérêts, sans s'expliquer à la vérité sur la nature et l'étendue de ces dommages-intérêts ; cette solution est préconisée par M. Valéry en mainte

gnifie le même résultat pratique que recherchait autrefois la formule de la garantie, et cela précisément dans des hypothèses où l'ancienne doctrine de la *culpa in contrahendo* avait rencontré la plus sérieuse critique, parce qu'il n'était ni contrat ni volonté qui pût lui fournir une base technique suffisante. On peut rappeler ici brièvement l'opinion de Ihering pour montrer le chemin parcouru.

1° Au sujet de l'incertitude de la déclaration, il applique son système notamment à l'erreur essentielle et à la méprise ; il s'étonne que le danger et le défaut d'équité, si évidents, n'aient pas été pris en considération par les Romains (9). Aujourd'hui la théorie de l'erreur n'a plus dans les principales législations le caractère qu'elle avait à Rome : l'erreur n'est plus en général qu'une cause d'annulabilité. Comment donc interpréter cette transforma-

hypothèse : par ex. dans le cas où un commerçant ne répond pas à une offre sérieuse, alors que les frais seraient minimes, et trompe ainsi la confiance légitime de l'autre partie qui croit le contrat conclu, parce que les usages du commerce lui imposeraient une autre conduite (*op. cit.*, n^{os} 97 ss.) ; de même encore dans l'hypothèse où on a accepté une offre par télégramme, avec les mots : Lettre suit, et que la lettre envoyée aussitôt, sous couleur de préciser les conditions du contrat, détruit l'accord ; la réparation du préjudice causé serait un moyen terme entre la protection de la volonté de l'acceptant et celle de la confiance de l'offrant (*op. cit.*, n^{os} 113 ss.). La même solution est aussi préconisée là où les propositions adressées au public (affiches, annonces, prospectus, réclames) considérées comme offres véritables, ont été toutefois anéanties ou modifiées par certaines circonstances faisant obstacle à l'exécution de la promesse ; il ne suffit pas que ces circonstances constituent des motifs légitimes ; les convenances et les usages du commerce « et même ces obligations réciproques auxquelles on se soumet par cela seul qu'on entre en pourparlers en vue de la conclusion d'un contrat », exigent que le proposant, sous peine de donner des soupçons sur sa loyauté, en avise le public ou ses correspondants (*op. cit.*, n^{os} 228 s.).

(9) *Op. cit.*, n^o 28, p. 66.

tion, quels systèmes rendent intelligible cette restriction du rôle de la volonté ? Ceux-là seuls le peuvent, qui diminuent systématiquement l'importance des phénomènes psychologiques pour rehausser la valeur de la déclaration matérielle, des formes, des signes, des gestes, des écrits, des apparences, de tout ce qui crée le crédit, de cela seul qu'une personne peut apercevoir de l'action juridique d'une autre. La formule de Ihering ainsi dépassée ne pouvait plus être qu'un faible succédané de cette tendance.

2° Au sujet de l'incertitude de la volonté. Ihering se voit contraint par les limites de son cadre de rejeter l'action là où elle est nécessaire ; c'est qu'il faut que le contrat soit apparemment formé ; de la *culpa in contrahendo* ne peut donc naître, dans la formation du contrat entre absents, une responsabilité très étendue pour celui qui retire l'offre : le destinataire doit avoir accepté, il ne peut réclamer de dommages-intérêts pour les actes qu'il a entrepris auparavant ; c'est la vieille théorie des romanistes à laquelle Ihering reste attaché parce qu'il ne perd pas de vue les réquisits de son système. Il revient sur ce point à maintes reprises (10) : avant l'acceptation, le destinataire n'est pas en droit de continuer à bâtir sur la base d'un état de fait qui n'est même pas un contrat en apparence. Mais il reconnaît lui-même que son point de vue est insuffisant pour la politique législative dans l'état du commerce moderne : il fallait, pour satisfaire les nouvelles formes des rapports d'intérêts, reconnaître une certaine efficacité à de simples manifestations unilatérales de volonté.

La casuistique de Ihering fournit toujours la base de dis-

(10) *Op. cit.*, n° 16, p. 40 ; n° 36, p. 79.

cussion (11), mais entre les hypothèses qu'il avait réunies s'établit une différence de traitement. La *culpa in contrahendo* apportait aux besoins du commerce moderne une satisfaction de première urgence, mais l'attention des jurisconsultes, mise en éveil sur ces doctrines peu étudiées, découvrit les vices de la doctrine classique du contrat, et quelques-uns préconisèrent alors une conception moins exigeante de l'obligation par acte juridique, reposant sur la déclaration unilatérale de volonté. Une étude d'ensemble des idées nouvelles ne peut être entreprise ici en détail, mais il faut examiner quelle portée elles retirent à la doctrine de Ihering et dans quelle mesure celle-ci était insuffisante.

§ 1. — La volonté unilatérale.

Cette formule que la volonté unilatérale peut être une source d'obligations est appuyée aujourd'hui par un parti très important de la doctrine (1), et a trouvé un accueil favorable dans certaines législations récentes. Les promoteurs du nouveau système n'ont pas toujours eu des ambitions modestes : on a dit parfois que l'exigence du cadre contractuel était une dernière trace de formalisme, que le progrès juridique devait se faire dans le sens de l'affranchissement de la volonté humaine. Dans cette voie, le seul principe rationnel, c'est que je puis déjà m'obliger par ma volonté ; la volonté individuelle doit être souveraine sur

(11) *Motive*, I, p. 194 ss., II, p. 178 ss. ; *Protokolle*, I, p. 98 ss., 450 ss.

(1) Bibliographie dans A. Scialoja, *La dichiarazione unilaterale di volontà come fonte di obbligazione*, dans ses *Studi di dir. priv.*, Rome, 1906, p. 69 ss.

celui qui l'a émise (2). Cette idée, on l'avance comme un véritable principe de droit naturel, et, en cherchant à la réaliser le plus possible, on arrive à la décomposition du contrat : il y a seulement, à l'intérieur du contrat, deux déclarations de volonté ; et ce qui fait leur force, c'est non pas leur concours, car selon l'ordre de date il ne peut y avoir concours, mais leur émission indépendante : dans l'intervalle qui sépare l'offre de l'acceptation, l'offrant a pu changer d'avis, perdre de vue son offre ; une acceptation intervient ; l'offrant ne peut être lié que par sa première volonté puisqu'au dernier moment il n'y a plus accord (3). C'est que l'offre, a-t-on dit, est déjà un acte juridique qui oblige son auteur sous la condition de l'acceptation ; et si celle-ci devra intervenir, c'est non pour former un contrat, mais parce qu'elle est la condition à laquelle le promettant a subordonné la naissance de son obligation ; l'acceptation n'a, dit-on, qu'une signification accessoire et elle ne serait nécessaire que parce que l'offrant lui-même la désire, et il précisera si elle est ou si elle n'est pas nécessaire à ses yeux (4). Mais nous ne croyons pas que tel soit là-dessus l'avis du droit positif : il peut arriver que dans certaines hypothèses le promettant laisse reconnaître qu'il renonce à une information de l'acceptation ; mais c'est seulement à l'information qu'il renonce parce que l'acceptation est d'évidence ; il y a encore contrat alors même que l'acceptation n'aurait lieu que par

(2) R. Worms, *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligation en dr. rom. et en dr. fr.*, Th. Paris, 1891, p. 5, 195.

(3) Worms, *op. cit.*, p. 177 s., 188. — Comp. B. Lacantinerie et Barde, I, n° 33 ; J. Valéry, *Des contrats par correspondance*, Paris, 1895, n° 81.

(4) C'est ce que Siegel a soutenu pour le droit germanique (*das Versprechen als Verpflichtungsgrund*, Vienne, 1874, p. 48 ss.).

une déclaration de volonté tacite. Mais parce que les effets de l'acceptation sont coordonnés à ceux de l'offre, parce que l'acceptation renvoie à l'offre, il ne s'en suit pas qu'elle ne soit qu'un simple complément de la promesse ; elle ne peut même être regardée, croyons-nous, comme une vraie *condicio juris* (5). Celle-ci est une circonstance qui, selon les cas, forme un réquisit de l'efficacité d'un acte juridiquement constitué ; mais il n'y a plus une condition au sens scientifique du mot là où une incertitude existe relativement à la constitution de l'acte ; c'est une conception dangereuse et une source de confusion que de donner le nom de condition à tout élément qui crée un état d'incertitude et de suspens, c'est retirer à ce terme toute valeur technique. En droit, la condition ne peut être qu'un élément limitant l'efficacité d'un acte déjà parfait en soi, mais ne touchant pas le schéma essentiel du rapport ; et tout au plus pourrait-on citer comme *condicio juris* la production de l'objet dans la vente d'une chose future, la survenance du mariage pour les conventions matrimoniales (6). Mais

(5) C'est cependant ce que paraissent dire les novateurs (Köppen, *loc. cit.*, p. 334 ss. ; Worms, *op. cit.*, p. 179, 190) ; Legros (*op. cit.*, p. 213) leur objecte à tort que l'acceptation dans leur système devrait se produire avec un effet de rétroactivité ; ce n'est pas la solution naturelle pour une *condicio juris* (Chausse, *loc. cit.*, p. 531).

(6) Selon M. A. Scialoja (*Condizione volontaria e condizione legale*, dans ses *Studi di dir. priv.*, p. 3 ss.) dont nous suivons ici la doctrine, de telles conditions seraient déjà assez impropres comme ayant un certain caractère de nécessité et tenant à la nature des choses ; cependant l'acte juridique est constitué et valable dès l'origine, encore qu'il ne produise qu'un droit affaibli et inférieur du type des droits éventuels. La *condicio juris* de la nature la plus pure serait fournie par la condition légale, simple obstacle que la loi oppose à l'efficacité d'un acte pour des considérations extrinsèques, comme la protection de certains intérêts spéciaux (homologation pour une adoption, approbation pour un acte soumis à la tutelle

aller au-delà et dire que le contrat doit s'analyser en une promesse parce que l'acceptation ne serait qu'une condition de l'offre, dire que le destinataire est déjà, par la prise de connaissance de l'offre, créancier conditionnel de l'offrant pour la valeur de sa promesse, c'est désorganiser un rapport bien connu dans la réalité comme dans la loi ; ce rapport doit être envisagé dans son unité ; la construction du contrat synallagmatique spécialement serait faussée à en faire « la simple somme arithmétique de deux engagements distincts », promesse et contre-promesse ; il est un rapport unique résultant de l'accord de deux déclarations de volonté également essentielles dont le concours est le but. On ne saurait être d'avis que, parce que l'on reconnaît, sur quelques points isolés, effet à une déclaration de volonté unilatérale, on serait dès lors obligé d'admettre qu'elle ne cesse pas de produire effet par elle-même alors qu'elle concourt avec une autre volonté (7). Très légitime

administrative, etc...), et qui par cet élément arbitraire se rapproche de la condition volontaire. Certains partisans de la non-rétroactivité des conditions ont obscurci ces notions, en voulant faire de la condition un élément essentiel de l'acte, qui ne prendra pas naissance avant son arrivée ; l'acte conditionnel ne produirait, comme l'offre avec délai d'irrévocabilité dans la construction de Demolombe, qu'un droit sur le consentement du débiteur : « Cette offre, faite avec promesse de la maintenir pendant un certain délai, n'est rien autre chose, si l'on présume que le tiers accepte cette promesse, qu'un contrat conditionnel. Celui qui fait l'offre s'oblige sous la condition suspensive qu'une acceptation interviendra dans un délai déterminé » (A. Leloutre, *De la non-rétroactivité de la condition dans l'acte et le fait juridique*, Th. Caen, 1904, p. 39). Cette assimilation est erronée et de très importantes différences sur la durée et la valeur obligatoire ont été relevées déjà entre la sollicitation et la promesse de contrat (V. R. Demogue, *Rev. trim.*, IV, 1905, p. 762 ; V, 1906, p. 234 ; Leduc, *Des avant-contrats*, Th. Paris, 1909, p. 156, 159 ss.).

(7) Worms, *op. cit.*, p. 93.

est sans doute l'effort pour retrouver dans la diversité des apparences un principe unique ; mais si c'est là le but suprême de la science, encore ne faut-il pas perdre de vue le réalisme nécessaire dans l'œuvre de construction, et, si la vie juridique nous présente des obligations de sources opposées, de conditions différentes et de caractère distinct, sacrifier une catégorie à l'autre pour réaliser à tout prix l'unité ; à cette sorte d'application du « ceci tuera cela », la science doit répondre par une fin de non-recevoir catégorique. Ici, le fait qu'un rapport est ordonné par deux volontés et ne peut l'être par une seule a une signification décisive : l'obligation de l'accord sur un contenu marque l'extrême limite du domaine de l'obligation par la volonté unilatérale ; l'exigence d'un concours de deux déclarations de volonté combat précisément l'idée qu'on puisse se référer à ces deux déclarations envisagées d'une manière indépendante.

Même avec ces réserves, le concept devait rencontrer de graves obstacles ; c'est qu'il n'est pas romain. On a dit que dans l'ancienne Rome c'était l'initiative du créancier qui présidait à toutes les formes d'acquisition des droits, qui avait le premier rôle : ainsi dans la mancipation, l'*in jure cessio*, la stipulation, etc... ; si c'était là une manifestation de leur caractère belliqueux (*maxime sua credentibus quod ab hostibus ceperant*) et si l'ancien droit germanique, pour des raisons de moralité plus haute, avait pris position en sens inverse (8), ce sont là des faits sans

(8) Kuntze, *Die Lehre von den Inhaberpapieren*, Leipzig, 1857, p. 337, 353. Siegel (*op. cit.*, p. 26 ss., 52) tirait aussi argument du singulier *jus pœnitendi* (Reurecht), admis pour la vente, de se retirer après que la promesse avait été acceptée, mais avant la remise du denier à Dieu ou avant d'avoir bu le vin du marché, pour prou-

grande portée puisque le droit à ces époques sacrifie à des éléments formels ou matériels la *quæstio voluntatis*. Mais il est exact qu'un droit individualiste comme le droit romain s'est attaché fortement au contrat : il y ramène et le testament grâce à l'intervention du *familiæ emlor*, et le procès par l'intermédiaire de la *litis contestatio*. Il révère la volonté, et à cause de cela il s'en tient au contrat parce que le droit est ainsi réglé d'une manière indépendante par l'accord des particuliers ; les personnalités et les volontés qui s'opposent se limitent déjà les unes les autres, et le droit n'a qu'à respecter ces actions et ces réactions autonomes ; alors que, s'il intervenait pour ordonner inégalement ces obligations, dans l'intérêt des relations commerciales par exemple, il ferait apparaître le principe, cher aux communautés vieilles, d'une fonction collective de tutelle des intérêts privés. Un droit qui veut respecter la volonté, un droit qui veut dépendre de la volonté ne doit pour cette raison attacher de poids qu'à une volonté éclairée et sérieuse ; et ce serait un principe d'une fâcheuse économie que celui qui permettrait une accumulation d'obligations précipitées ; ce serait à bref délai la suppression de la liberté naturelle, l'état d'obligation permanent, la ruine même de l'élément volontaire sur lequel tout repose (9). Loin donc d'être d'inspiration individualiste et

ver que l'acceptation était insignifiante : le promettant pourra se dédire après qu'elle s'est produite, et inversement ne pourrait-il pas être aussi bien tenu avant qu'elle ait eu lieu ? Le dogme de la révocabilité de la promesse serait aussi absolument insoutenable que celui de l'irrévocabilité du contrat. Mais, s'il est vrai que la volonté unilatérale peut suffire à rompre parfois le contrat, qu'en conclure, sinon *a fortiori* qu'elle peut anéantir la simple promesse ? (F. F. Mannesmann, *Das einseitige Versprechen als Verpflichtungsgrund im gem. Recht*, Berlin, 1897, p. 29).

(9) Ce sont ces réserves qui à beaucoup font rejeter le nouveau

de favoriser l'expansion indéfinie de la volonté, la doctrine de la promesse unilatérale trouve son explication et sa cause dans les suggestions du milieu ; et, quand les sphères juridiques sont regardées comme pleinement indépendantes, aucune emprise n'est concevable de l'une à l'autre sans une permission explicite des deux sujets de droit souverains ; de même encore, deux Etats actuels ne conçoivent le règlement de leurs rapports que par des traités, parce que la communauté internationale n'est pas une organisation suffisamment développée.

Mais l'extension du commerce juridique, la multiplicité des relations, l'intensité de la vie sociale font sortir les individualités de leur tour d'ivoire, et elles doivent se pénétrer de ce qui est nécessaire à ces relations, à ce commerce, à la vie en société ; elles perdront peut être dans certains cas le droit à la versatilité, mais en échange acquerront celui de compter sur certaines paroles. Et en effet c'est bien exclusivement les besoins du commerce qu'on met en avant pour déterminer à admettre des hypothèses d'obligation unilatérale, et les rares et tardives exceptions (*votum, pollicitatio*) que fit aussi le droit romain à son principe du contrat n'eurent pas pour but d'assurer la pleine souveraineté de la volonté, mais pour motif une pensée d'intérêt général. Le fondement objectif proposé aux applications récentes est simplement de faciliter l'établissement du contrat, du rapport de créancier à débiteur, alors que le *consensus* ne peut être donné simultanément, que l'unité de temps pour la réalisation de l'acte n'est pas possible, par exemple quand le destinataire est une personne absente ou indéterminée ; cette impossibilité du *consensus* ne laisse expliquer la force obligatoire déjà principe, lequel devrait être irrésistible (Planiol, *op. cit.*, II, n° 832).

produite que par une référence à la volonté unilatérale, parce qu'on ne saurait voir d'autre part dans cette manifestation de volonté un simple fait juridique d'où une obligation naîtrait *ex lege*. Il y a là une double distinction à la vérité malaisée, et on a souvent reproché à la théorie son imprécision (10).

α) Sous quel angle l'unilatéralité s'oppose-t-elle au *consensus* ? Il n'est pas douteux que, même dans une promesse unilatérale, l'existence d'un ayant droit est un réquisit de l'obligation ; cela résulte déjà de la définition d'une déclaration de volonté qui n'est pas parfaite tant qu'elle n'est pas rendue claire pour le destinataire, tant qu'elle ne peut être connue de lui ; il faut que quelqu'un puisse se prévaloir de cet engagement pour qu'il sorte effet. Mais ce serait peut-être un point de vue superficiel qui conduirait à dire que le dessaisissement de l'auteur de la promesse ne s'opérerait que par l'acceptation de l'autre partie (11) : il n'y aurait ainsi aucun degré intermédiaire entre la déclaration sans valeur, parce que toujours dans la possession de son auteur, et le contrat. Assurément on doit reconnaître que la promesse unilatérale est une figure juridique éphémère, mais cependant rien ne fait encore obstacle à ce qu'à cet état transitoire on puisse rattacher avec succès un lien de droit. Il faut, avons-nous dit, pour la conception de l'offre de contrat, que le destinataire en ait pris connaissance (12) : jusque-là subsiste au moins le *jus revo-*

(10) E. Thaller, De la nature jurid. du titre de crédit, *Ann. de dr. comm.*, XX, 1906, p. 5 ss., n° 49.

(11) Worms, *op. cit.*, p. 6 s.

(12) La doctrine française a peu étudié le problème de la perfection pour l'offre, parce qu'elle admettait un droit de révocation très étendu, mais l'esprit de notre droit est en faveur du système de la perception. A la perception, le Code civil allemand, § 130, a substi-

candi de l'offrant (13) ; et du reste, encore une fois, ma déclaration n'est pas achevée par ce fait que j'ai mis une lettre à la poste, car cette lettre peut encore être perdue. Mais prise de connaissance n'équivaut pas à acceptation, et c'est ici que promesse unilatérale et contrat apparais-

tué, pour les déclarations expresses s'adressant à un tiers, la réception, c'est-à-dire non pas le moment où le destinataire a pris effectivement connaissance de la déclaration, mais celui où la prise de possession de la déclaration par le destinataire était possible en fait pour un homme diligent (Saleilles, *La déclaration de volonté*, Paris, 1901, § 430, n° 9. — Comp. Titze, *der Zeitpunkt des Zugehens bei empfangsbedürftigen schriftlichen Willenseklärungen*, *Jahrb. f. Dogm.*, N. F., XI, 1904, p. 387) ; cette possibilité s'appréciera selon les usages, ou d'une manière plus précise du point de vue de l'expéditeur, selon ce sur quoi il a dû pouvoir compter : il suffira que la lettre ait été déposée dans la boîte, le télégramme remis à un employé ; ce sera au destinataire à se montrer diligent s'il ne veut pas que la déclaration devienne efficace à son insu. On a dit qu'il y avait dans ce système une fiction pouvant conduire à des conséquences regrettables : dans le cas par exemple où un télégramme de révocation reçu postérieurement à la lettre est lu par le destinataire avant celle-ci, la révocation est considérée comme tardive. Le motif de cette innovation est tiré des difficultés de preuve de la perception, encore qu'on soutienne que cela ne serait peut-être pas décisif (Saleilles, *op. cit.*, § 130, n° 5) ; et surtout de la nécessité de vaincre la mauvaise volonté possible du destinataire qui se refuserait à prendre connaissance de la déclaration ; or, si en matière d'offres de contrat, cette objection n'a pas une grande portée, il en va autrement pour l'acceptation ; et si celle-ci doit intervenir dans tel délai, l'offrant ne pourrait se prévaloir d'un retard injuste dans la prise de connaissance d'une déclaration arrivée à temps (J. Valéry, *Des contrats par correspondance*, Paris, 1895, n° 200) ; il y a là une solution que commande la nécessité de garantir le sérieux des contrats et qui se rattache à l'idée de *diligentia in contrahendo* ; M. Chironi l'a rapprochée de la règle qui tient la condition pour accomplie lorsque la défaillance est imputable à l'obligé (G. P. Chironi, *La responsabilità o la garanzia nella formazione del negozio contrattuale*, dans les *Studi di dir. in on. di V. Scialoja*, Milan, 1904, II, p. 500).

(13) G. Faggella, *op. cit.*, n°s 24 ss.

sent comme deux formes distinctes. Un droit suppose évidemment un rapport entre deux sphères juridiques et l'unilatéralité ne peut être comprise en ce sens qu'elle imposerait une obligation sans donner un droit correspondant ; la promesse unilatérale est donc l'assurance donnée à autrui de faire telle prestation, et elle reste unilatérale tant qu'une acceptation ne la change pas en un contrat ; ce qui la caractérise, c'est qu'elle ne peut empiéter sur la sphère juridique d'autrui que pour mettre à sa disposition un droit, dont le bénéficiaire d'ailleurs pourra ne pas user ; dans le contrat au contraire, sur les effets de leurs déclarations réciproques, les ayants droit se sont entendus. Ce qui crée, il est vrai, la confusion, c'est que la déclaration d'acceptation, comme toute autre déclaration, n'a pas besoin d'être solennelle ni même expresse : l'acte par lequel on demande que la promesse soit réalisée constitue évidemment une déclaration d'acceptation : c'est à tort que Siegel l'a contesté en disant que celui qui réclame ce qui est promis ne fait que tirer la conséquence de ce fait que le promettant est lié ; mais il n'y a plus lieu de se référer à la promesse unilatérale depuis que l'acceptant a montré qu'il voulait la même chose que l'offrant : nous sommes en présence d'un contrat. Il y a, d'autre part, certaines situations exceptionnelles où l'offrant est autorisé à attendre une acceptation, où il peut renoncer à une information de l'acceptation, où même, dit-on souvent, le silence du destinataire est déjà une déclaration d'acceptation : dans ce cas assurément toute existence distincte de la promesse unilatérale est supprimée ; la simple prise de connaissance, non suivie d'une réaction du destinataire, comporte déjà acceptation de sa part, crée le contrat. Or précisément, quand on déclare que l'offre de con-

trat, comme promesse unilatérale, crée pour son auteur l'obligation de la maintenir pendant un certain délai, cette obligation, au moment où le destinataire prend connaissance de la déclaration, ne devient-elle pas déjà contractuelle (14) pour cette raison que le silence vaut ici acquiescement et qu'on doit toujours être réputé avoir accepté un avantage qui vous est offert ? On objecte que cela n'est pas très psychologique : le destinataire aurait pu tout d'abord rejeter l'offre tout entière, la concevoir comme une plaisanterie ou une ironie ; malgré tout, durant le délai pendant lequel l'offrant est obligé, le droit reste à sa disposition, en revenant sur ces sentiments par une déclaration d'acceptation, de conclure le contrat.

β) D'autre part le concept de l'obligation par la volonté unilatérale est serré de près par celui d'obligation lé-

(14) Cette construction fut proposée par Regelsberger (*Civilrechtliche Erörterungen*, I, *Vorverhandlungen bei Verträgen*, Weimar, 1868, p. 70) pour expliquer les paragraphes 319 et ss. de l'ancien Code de commerce : il y a dans toute offre une renonciation tacite au retrait et la prise de connaissance du destinataire emporte acceptation ; une construction analogue en droit français pour l'offre avec délai fixé a été présentée par Demolombe (t. 24, nos 65 ss.) comme convention accessoire de garantie, et adoptée par Planiol, II, n° 983, avec quelques réserves sur sa vraisemblance. Pour le droit italien, V. aussi A. Scialoja, *La dichiarazione unilaterale di volontà come fonte di obbligazioni*, *loc. cit.*, p. 106 s., qui voit dans la renonciation résultant d'une fixation de délai une offre accessoire, de caractère préliminaire, visant un contrat unilatéral, qui se trouve ainsi formé à l'arrivée à la connaissance du destinataire, selon la règle de l'article 36, alinéa 4 du Code de commerce. Schott (*der obligatorische Vertrag unter Abwesenden*, Heidelberg, 1873, p. 210 ss.), après avoir critiqué la conception présentée par Köppen (*loc. cit.*, p. 334 ss.) de l'offre envisagée comme un acte juridique déjà parfait par lui-même, cherchait à supprimer la difficulté des intervalles par la construction d'un *Interimsvertrag* à effet unilatéral (*op. cit.*, p. 98).

gale (15) : la gestion d'affaires (16), le délit (17) sont bien des actes unilatéraux créateurs d'obligation ; mais aucun rapprochement utile ne peut être fait avec notre théorie : l'obligation est déterminée par la loi sur ces faits sans référence principale aux buts que poursuivaient les activités de leurs auteurs ; la réglementation de la loi est indépendante et ne s'inspire pas comme dans les actes juridiques d'une large reconnaissance de l'autonomie de la volonté. Or cette obligation qui naîtrait pour l'offrant de maintenir sa promesse durant un certain délai est-elle une obligation volontaire, ou au contraire un devoir général qui nous est imposé par l'ordre juridique lui-même, représenté par la loi écrite là où il y a des textes, et ailleurs par une sorte de droit coutumier construit sur les usages du commerce (18) ? Cependant nous sommes ici dans le droit des actes juridiques, et on peut penser que la loi part d'une interprétation des volontés, et cette conception est bien exacte, car la pratique montre que, dans de nombreuses hypothèses, l'offrant fixe un délai de réponse, et dans ce cas nous pensons avec Siegel que l'adjonction de ce délai

(15) V. A. Scialoja, *op. cit.*, p. 76 ss., qui critique notamment l'application des idées nouvelles à l'offre à fin de purge, laquelle lie l'acquéreur avant d'être acceptée (Planiol, II, n° 3316).

(16) On suit ici l'opinion courante ; V. cependant Lacroix, *Etude d'une des sources de l'engagement sur soi-même à créancier indéterminé*, Th. Paris, 1903, p. 57 ss.

(17) L'objection de Siegel (*op. cit.*, p. 47), tirée de ce que dans les délits l'inutilité d'une collaboration de l'ayant droit pour la création de l'obligation est évidente, n'a donc aucune portée, puisque la volonté de l'obligé n'a pas besoin non plus d'être dirigée vers cette création, et en fait se porte à peu près toujours en sens contraire.

(18) Valéry, *op. cit.*, n° 187 : un usage qui a force de loi et qui a pour but de faciliter les transactions commerciales, a fait admettre le droit à réparation.

signifie que le promettant entend expressément être lié pour cette durée en attendant la réponse ; et ce serait une interprétation partielle à notre avis que celle qui proposerait d'entendre que l'offrant voudrait simplement par là refuser de prendre en considération une acceptation postérieure, sans se dépouiller lui-même du droit de retrait. Les deux choses s'y trouvent, le caractère temporaire de l'offre et son irrévocabilité. Et elles doivent s'y trouver parce que la pratique l'exige : le commerce ne peut s'accommoder de cette idée d'une offre perpétuelle et perpétuellement révocable (19) ; en appliquant ce système à toutes les offres, ce n'est pas la loi qui oblige véritablement le pollicitant à cette irrévocabilité temporaire, car il y a là un résultat économique qu'il cherche à atteindre et qui est en général conforme à ses intérêts. Ainsi l'irrévocabilité de l'offre repose sur une présomption de volonté, et elle peut à la vérité toujours être repoussée par la preuve contraire (C. civ. all., § 146). Ce n'est donc pas une obligation *ex lege*, mais il faut se garder d'une formule malheureuse : il ne faut pas dire avec quelques-uns que l'obligation assumée par l'offrant est une obligation « à s'abstenir de faute dans la formation du contrat » et par suite à réparer le préjudice qui serait causé par la révocation (20). D'abord un engagement de cette nature, donc un engagement à ne pas commettre d'acte illicite, ne serait-il pas déjà frappé de nullité ? En tous cas une telle obligation est inscrite dans nos devoirs généraux et on ne laisse pas aux volontés privées le devoir de l'assumer, pas plus qu'on ne leur reconnaît le pouvoir de l'éluder. Si

(19) Planiol, *op. cit.*, II, nos 977 ss.

(20) Legros, *op. cit.*, p. 210.

donc il est exact que l'offre a été formulée dans l'intention d'obliger (21), c'est d'une autre obligation qu'il s'agit.

Cependant nous avons dit que l'offrant ne peut encore vouloir s'obliger à l'exécution ; on peut recourir à la distinction de Siegel : il y a deux sortes d'obligation, l'obligation de maintenir la promesse et celle de l'exécuter (22) ; la seconde est bien connue ; quant à la première, il la définit en y voyant seulement « une obligation de ne pas faire, l'obligation de ne pas reprendre ce qui a été donné, de ne pas rétracter ce qui a été dit, de ne pas rayer ce qui a été écrit, de ne pas violer la parole donnée, ayant à la vérité cet effet qu'un agissement contraire est en droit sans valeur ». Cette obligation n'a pas d'autre but que de rendre possible, de préparer, d'assurer la naissance de l'obligation à exécution ; mais si maintenant des auteurs croient devoir entendre ce lien à la parole (*Gebundenheit ans Wort*) comme un devoir prester sous la condition de l'acceptation, nous ne sommes pas tenus de les suivre ; l'obligation à l'exécution se rattache au contrat ; mais on ne saurait dire non plus qu'auparavant il n'y ait pas d'obligation du tout, parce que pas de créancier ; aussitôt que le destinataire est touché par la déclaration, il a un droit acquis à se décider en toute sécurité. Telle est bien l'opinion générale pour le cas où un délai a été expressément fixé : l'acceptation intervenue à temps déterminera

(21) Meynial, La déclaration de volonté, *Rev. trim.*, II, 1903, p. 564.

(22) Siegel, *op. cit.*, p. 21 ; et parfois il y a un dédoublement des obligations : on peut être lié à sa parole même contre personne indéterminée, alors qu'on ne peut exécuter qu'envers une personne déterminée ; dans le contrat en faveur des tiers, la première obligation existe à l'égard du stipulant, la deuxième à l'égard du tiers.

la formation d'un contrat valable (23) ; il y a toutefois des auteurs, partisans de la liberté indéfinie de la volonté, qui, même dans cette hypothèse, déclarent la rétractation toujours possible tant que le concours des volontés n'est pas intervenu ; la seule obligation qui résulterait pour l'offrant serait seulement celle de réparer le dommage causé (24). La doctrine de la volonté unilatérale n'est pas seule à contester ce résultat et il y a des auteurs qui déclarent aussi la révocation sans valeur sur le fondement du contrat, mais on sait qu'il y a peut-être là un défaut dans l'analyse psychologique.

Si l'on suppose maintenant qu'aucun délai n'a été expressément fixé, on sait que le droit contemporain s'oriente vers une solution analogue par une interprétation de volonté : l'offre est émise pour un certain délai, après lequel elle tombe ; ce délai est fixé non par la loi qui n'est pas assez souple pour tout prévoir, mais par le juge selon les rapports antérieurs des parties, les usages locaux, la forme de la sollicitation ; il s'agira d'un délai moral suffisant pour prendre parti, et pendant ce délai l'offre est irrévocable. Telle est la construction qui semble avoir l'avenir pour elle, mais qui n'a pas encore entièrement pénétré le droit français ; quelques décisions admettent toujours que la révocation est possible avant l'acceptation, à charge pour l'offrant qui use de ce droit de réparer le

(23) Valéry, *op. cit.*, n° 176 ; Aubry et Rau, IV, § 343, n. 13 bis ; Demolombe, t. 24, n° 65 ; Regelsberger, *loc. cit.*, p. 71.

(24) Larombière, I, art. 1101, n° 14 ; Bechmann, *System des Kaufs nach gemeinem Recht*, Erlangen, 1884, II, p. 279 s. ; Vivante, *Tratt. di dir. comm.*, 2^e éd., IV, n° 1539 ; N. Coviello, *La revoca della proposta nel contratto tra assenti*, *Giurispr. ital.*, 1895, I, 820 ; A. Scialoja, *loc. cit.*, p. 105 ; G. Faggella, *loc. cit.*, nos 14 ss., 67.

préjudice causé (25). Mais cette hypothèse de responsabilité est bien singulière pour la doctrine classique : elle ne repose sur aucune faute ; elle dérive du simple fait que l'offrant exerce un droit qu'on vient de lui reconnaître, le droit de révocation ; et l'ancienne théorie des romanistes niait même qu'il y eût violation du droit d'autrui, au moins tant que le destinataire n'avait pas accepté la pollicitation (26) ; mais on sait que Ihering, tout en reconnaissant

(25) V. encore Trib. paix Montmort, 17 mai 1901, D. 1903.2.57. — Sur la durée du délai d'acceptation selon la jurisprudence, V. Valéry, *op. cit.*, n° 190 ss. ; la construction de ce délai est plus facilement admise en droit commercial (Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, III, n° 15). Ce qui montre bien que le droit moderne s'engage dans la voie de l'obligation, c'est que, selon le Code civil allemand, les accidents de mort ou d'incapacité postérieure du déclarant sont indifférents du jour de l'émission de la déclaration ; et il le faut bien si l'on veut garantir au destinataire toute sécurité ; on a dit, il est vrai (Girault, *Des contrats par correspondance*, Paris, 1890, p. 165) que l'impersonnalité de l'offre devrait être restreinte aux relations commerciales où le fonds de commerce revêt le caractère d'un organisme économique distinct de la personne du commerçant ; mais pourquoi l'obligation résultant de l'offre serait-elle *a priori* plus personnelle que celle résultant du contrat ? Tout au plus, s'il en est ainsi dans certaines circonstances, il y aura lieu de permettre la preuve contraire à la présomption générale, qui doit être en faveur du maintien (C. civ. all., § 153).

(26) Wächter, *Pandekten*, II, p. 359 ; Kühn, *Ueber Vertragsschluss unter Abwesenden*, *Jahrb. f. Dogm.*, XVI, p. 58 ss. ; il n'y aurait donc pas eu lieu à responsabilité pour ceux qui soutenaient que la caducité de l'offre dans les contrats obligatoires ne pouvait être admise que si le destinataire avait pu connaître les causes de caducité avant l'acceptation par une information de l'offrant ; V. sur ce point en droit romain, O. Fritze, *In welcher Weise wirkt bei unvollendeten Willenserklärungen, die an einem Abwesenden gerichtet sind, der einseitige Widerruf, der Tod und der Verlust der Handlungsfähigkeit ihres Urhebers ?* Diss. Kiel, 1896, p. 59 ss., 79 ss. — Telle n'était pas l'opinion générale en droit français, et on admettait qu'une rétractation antérieure à l'acceptation, mais parvenue au destinataire

là le droit existant, demandait en législation la préférence pour un autre système : avant l'acceptation, l'offre peut avoir exercé sur celui qui l'a reçue une réelle influence : en considération de cette offre, il aura décliné par exemple une autre offre à laquelle il fallait répondre par retour du courrier. Une responsabilité aussi étendue ne peut être en tous cas rattachée à la *culpa in contrahendo*, et Windscheid parlera en effet d'une obligation légale, mais il pense que la réparation de l'intérêt négatif constitue la meilleure conciliation des intérêts (27), et ce point doit attirer notre attention. On doit éviter l'écueil d'une multiplication trop grande des actions en responsabilité ; puis, qu'est-ce que ce droit dont on ne peut user sans avoir aussitôt à réparer tout le préjudice causé ? ce droit qui se contredit lui-même dans son exercice et ne s'affirme qu'à l'état de repos ? Bien loin, par la mise en mouvement d'une offre, d'acquérir le droit de préjudicier à autrui par une révocation malencontreuse ; l'offrant devrait selon nous être tenu de respecter la confiance d'autrui qu'il a provoquée (28) ; ce droit de retrait, traînant après lui le lourd boulet de l'intérêt négatif, n'est plus qu'une sorte de *jus pœnitendi* parfaitement misérable dans les conditions économiques nou-

après l'émission de sa déclaration, intervenait encore utilement. Par contre, la possibilité d'une rétractation de l'offre dans l'intervalle qui sépare l'acceptation de sa prise de connaissance par l'offrant, était fortement contestée par un parti doctrinal qui plaçait la formation définitive du contrat au premier de ces moments ; cette controverse bien connue ne peut être étudiée ici, et son intérêt pour notre problème est très affaibli par le principe d'irrévocabilité de l'offre ; le système de la perception ou de l'information prévaut de plus en plus dans la doctrine et la jurisprudence récente (Planiol, II, n° 986 ; Thaller, *Tr. élém. de dr. comm.*, n° 1012).

(27) Windscheid, *op. cit.*, § 307, n. 7 a.

(28) V. aussi Meynial, *La déclar. de vol.*, *Rev. trim.*, I, 1902, p. 545.

velles, au milieu de la multiplication des échanges, où il sèmerait le trouble pour le triomphe de la versatilité. L'offrant sera donc tenu de maintenir sa promesse durant un certain délai ; mais une telle obligation ne peut être rattachée qu'à la volonté unilatérale : ainsi tout le problème se concentre autour du caractère de l'offre ; et, pour ne pas exagérer l'établissement du lien obligatoire, il faudra examiner avec soin si, selon les usages du commerce, dans certaines propositions adressées au public (réclames, prospectus, annonces), on ne devrait pas voir seulement des invitations à faire des offres qu'accompagneraient évidemment des restrictions tacites, contraires à la naissance d'une obligation.

Depuis longtemps ces solutions sont courantes en droit germanique : l'ancien Code de commerce (§ 320) avait fixé que le retrait n'aurait d'efficacité que s'il parvenait à l'autre partie avant ou en même temps que l'offre ; Windscheid se demandait si, en admettant qu'à l'époque où il fut rédigé, le concept d'intérêt négatif avait été aussi bien dégagé, il n'aurait pas statué autrement ; mais le Code civil peut aujourd'hui peut-être trancher la question, car le paragraphe 145 étend l'irrévocabilité même aux rapports civils. Quant au droit français, il est certain que la conception générale du Code civil et les traditions sont contraires à l'idée d'un engagement unilatéral ; les textes ne connaissent que le contrat, et si l'article 1108, énumérant les conditions de validité d'une obligation volontaire, semble avoir en vue une simple stipulation unilatérale du débiteur, la notion de la cause ramène l'esprit à la considération de la dualité contractuelle. On se trouve donc en face de problèmes plus généraux concernant la méthode d'interprétation et les sources en droit privé positif : le

jurisconsulte doit-il se cramponner désespérément à une technique archaïque, ou peut-il s'élever jusqu'à la libre recherche scientifique et à des considérations de philosophie sociale indépendante (29) ?

(29) Comp. Saleilles, *Oblig.*, n° 143 ; Gény, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899, n° 172 bis, p. 532 ss. — Bien que Ihering traite longuement de la promesse de récompense, nous ne dirons qu'un mot de cette institution dont la construction est trop complexe : comme toute déclaration de volonté adressée *in personam incertam*, elle ne donnait pas d'action à Rome ; mais, postérieurement à Savigny, le droit commun germanique admit généralement l'action (V. par ex. Vangerow, *Pand.*, 7^e éd., Marburg, 1869, III, p. 255) ; un effort d'analyse considérable fut fait pour couler l'institution dans le moule d'un contrat : on demandait au début de voir une acceptation dans une déclaration de volonté intervenant avant tout commencement d'exécution (Bülow, *Abhandlungen über einzelne Materien des röm. bürgerl. Rechts*, Brunswick, 1817, p. 280 ; Tschirner, *De natura ac indole promissionis popularis « Auslobung » quam vocant*, Berlin, 1869, p. 115 s.), ou encore dans un commencement d'exécution (Unterholzner, *Die Lehre des röm. Rechts von den Schuldverhältnissen*, Leipzig, 1840, I, p. 53) ; mais cela avait quelque chose de forcé, et on admit en général que le promettant n'était lié qu'à l'accomplissement de la prestation, parce que telle est bien son intention et que rien ne répond auparavant de la continuation et du succès de l'activité du candidat (V. par ex. Schütze, *Jahrb. f. gem. Recht*, V, p. 54). Mais alors le promettant pouvait-il user librement du droit de retrait et que deviendront les espérances légitimes de tous les aspirants à la prime qui ont fait des dépenses ? L'*actio doli* sera-t-elle suffisante ? Ihering (*op. cit.*, p. 93 ss.) cherche à étendre sa théorie de la *culpa in contrahendo*, mais son application est ici vraiment défectueuse : le promettant qui se rétracte est-il fondé à réclamer de l'aspirant la preuve qu'il serait sorti victorieux ? Comme cela paraît trop malaisé, on a proposé un renversement de la preuve (Exner, *Zur Theorie der Auslobung*, *Krit. Vierteljahresschrift f. Gesetzg. u. Rechtswiss.*, XI, 1869, p. 359) : c'est le promettant qui devrait prouver que les efforts du candidat étaient en toute hypothèse stériles, véritable *probatio diabolica* ; d'autre part il peut s'attendre à plusieurs actions dont le montant total pourrait dépasser la récompense ; admet-on qu'elles ne peuvent la dépasser, on ne saura jamais si la liste des

§ 2. — La déclaration de volonté.

Dans une autre direction, le droit moderne s'est efforcé de satisfaire les besoins du commerce méconnus par l'ancienne théorie classique ; pour celle-ci, la volonté est le seul élément essentiel, et la manifestation de cette volonté ne peut avoir que la valeur d'un mode de preuve. Mais déjà nous ne croyons pas que, dans n'importe quelle doctrine, on puisse refuser au fait de la déclaration une valeur propre ; un phénomène purement interne, comme serait une volonté non déclarée, ne peut constituer un facteur de changement juridique ; dans toutes les catégories du droit, une tendance qui ne s'est pas fait reconnaître ne peut prétendre à une influence (1). Et même il ne suffit pas, a-t-on dit, que la volonté se manifeste en général d'une manière quelconque : si dans ma chambre, parlant à voix haute, je dis vouloir passer tel contrat avec X qui par hasard se trouve dans la chambre voisine et l'entend, son acceptation ne créera pas le contrat : il faut une déclaration de l'offrant, c'est-à-dire une manifestation dans une

participants est close. La responsabilité de l'intérêt négatif a donc été repoussée ; et c'est la pleine irrévocabilité que défend Siegel (*op. cit.*, p. 44) selon les principes de l'obligation unilatérale ; on a, il est vrai, discuté le mérite de cette conséquence parce que les circonstances peuvent enlever tout intérêt à la promesse (Exner, *op. cit.*, p. 355 ss.) ; et à tort ou à raison le Code civil allemand (§§ 657, 658) l'a en principe rejetée ; cependant l'obligation unilatérale est toujours à la base de la loi (*Motive*, p. 290 ; Endemann, *Lehrbuch des bürgerl. Rechts*, 8^e éd., Berlin, I, 1903, p. 114) et entraîne cette conséquence que le promettant est obligé envers celui qui a exécuté le fait sans avoir conscience de la promesse.

(1) Le système de la volonté est donc en opposition avec toute théorie de la connaissance humaine (Schall, *der Parteilille im Rechtsgeschäft*, Diss. Stuttgart, 1877, p. 46 ss.).

direction déterminée. Donc déjà, à côté de la volonté de l'effet ou du résultat, il faudra la volonté de la déclaration, c'est-à-dire de l'acte final par lequel s'exprime la décision ; et la déclaration n'est pas un simple moyen de porter à la connaissance d'autrui une volition interne, c'est un véritable réquisit de l'acte juridique. L'importance de cet élément n'avait d'ailleurs pas échappé à Savigny qui mettait sur la même ligne le concours des déclarations et le concours des volontés ; mais, comme un écho affaibli de l'école du droit naturel, il répétait encore que la volonté avait seulement besoin de ce complément parce qu'elle est, de son essence, interne et invisible. Et il est exact de dire qu'avec lui le dogme de la volonté devait trouver son apogée (2).

Or nous savons d'une part que la volonté ne peut valoir sans la déclaration, mais la proposition inverse n'est pas acceptée aussi unanimement par la doctrine contemporaine, qui combat pour la sécurité du commerce la considération des états d'âme non extériorisés ; des recherches ont été entreprises dans les sources romaines et les Codes modernes en vue de donner une base traditionnelle à ce nouveau courant d'idées (3) ; et il est devenu assez puissant pour imposer son influence au législateur : dans le droit

(2) *System des heut. röm. Rechts*, Berlin, 1840, III, p. 258. — V. cep. p. 259 un passage où il semble exiger que la divergence entre la volonté et la déclaration soit reconnaissable ; et là-dessus, Leonhard, *der Irrtum als Ursache nichtiger Verträge*, 2^e éd., Breslau, 1907, I, p. 12 ss. ; mais comp. Holland, *The elements of jurisprudence*, Oxford, 9^e éd., 1900, p. 114, n. 3.

(3) Leonhard, *op. cit.*, I, p. 11 ss. ; V. aussi son article : *der Vertragsschluss nach dem neuen bürgerlichen Gesetzbuche mit Bezugnahme auf das Recht des Auslands*, *Jahrb. d. internat. Verein. f. vergleich. Rechtsw.*, 1897, p. 54 ss.

allemand récent, si le premier projet s'était attaché au dogme de la volonté, la question a été en définitive résolue en dehors de toute théorie. L'élément interne ne peut sans doute être sacrifié en ce sens que, pour que l'on puisse parler de déclaration de volonté, il faudrait bien encore admettre la volonté de la déclaration, la conscience accompagnant cet ensemble d'agissements, cette conduite extérieure dont on infère une volonté ; dans le défaut absolu de conscience et de raison, le droit ne relève plus un élément qui peut avoir valeur à ses yeux ; aussi la déclaration d'un fou, d'un homme ivre, d'un *infans*, d'un hypnotisé ne peuvent recevoir la sanction légale. Celui qui voudrait s'en tenir au fait de la déclaration ou, ce qui reviendrait au même, le compléterait, comme Bähr (4),

(4) Ueber Irrungen im Kontrahieren, *Jahrb. f. Dogm.*, XIV, 1875, p. 393 ss., 407, 421. — Il n'est guère contestable que le droit français, à la différence du droit germanique (V. sur ce point E. Presutti, Rapporti fra l'incapacità naturale di consentire e l'incapacità legale di obbligarsi dell'interdetto per infermità di mente, *Arch. giur.*, t. 46, 1894, p. 19 ss.), en est arrivé à donner effet à une déclaration sans volonté, comme celle de l'aliéné interdit, qui n'est qu'annulable, et Aubry et Rau (§ 343, n. 3, 4, 5, IV, p. 477) étendent logiquement ce système à l'aliéné non interdit ; mais les théoriciens de l'inexistence n'ont pu en prendre leur parti, et quelques-uns soutenaient que, si l'on pouvait prouver que l'acte de l'interdit était passé dans un intervalle non lucide, alors le défaut certain de consentement emporterait inexistence (Pize, *op. cit.*, p. 98 ss. et les auteurs cités), comme si la loi établissait l'annulabilité pour les actes passés dans les intervalles lucides. M. Saleilles (*Bull. Soc. Et. lég.*, III, 1904, p. 277) pense que la loi a établi ici une sorte de forfait parce que l'incapacité ne fournit pas une preuve du défaut de volonté ; et d'ailleurs selon cet auteur on aurait tort de confondre démence et inconscience, l'annulation pour incapacité naturelle à laquelle fait allusion l'article 504, et l'inexistence pour défaut de consentement (V. aussi *Bull.*, IV, 1905, p. 161 ; Lacoste, note S. 95.2.225). Sur l'exclusion parallèle du principe de responsabilité, V. les observa-

au moyen d'une volonté fictive, mettrait à la tête des affaires juridiques, à la place de la conscience, le hasard.

Mais, d'autre part, on a dû réagir contre certains abus du Willensdogma, qui en venait à accumuler les fictions et les présomptions les moins défendables. Le but plus ou moins avoué était de mettre la volonté à la direction du droit, et quand parfois des défenseurs habiles parlent d'une collaboration harmonique de l'ordre juridique et de la volonté individuelle, il faut l'entendre en ce sens que le droit n'aura pas d'autre rôle que de reconnaître et de sanctionner des effets voulus, parce qu'ils ont été voulus ; dans les actes juridiques, la volonté a, dit-on, ce pouvoir spécial de se manifester comme force créatrice du droit ; l'acte juridique est constitué par une déclaration de volonté tendant à la création, à la modification ou à l'extinction d'un rapport de droit (5). Ainsi le droit cède la place aux volontés individuelles qui disposent librement de la sanction sociale ; la communauté assiste impassible à ce déchaînement des intérêts ; elle a sans doute pour rôle d'imposer à tous une certaine considération des intérêts collectifs, mais l'activité créatrice revient tout entière à la volonté, et sa souveraineté est à peine limitée : au vouloir légitime est reconnue toute puissance pour fonder, modifier, éteindre les droits ; le droit objectif s'efface devant le désir des volontés privées et reconnaît ce qu'elles veulent parce qu'elles le veulent ; dans la mesure où elles doivent se réaliser pour régler librement leurs rapports de droit, il abandonne cette zone à leur action autonome ; et ceci est conforme à la dignité de la personne humaine, maîtresse

tions de MM. A. Colin, Larnaude, Le Poittevin et Saleilles, *Bull. Soc. Et. lég.*, III, 1904, p. 435 ss.

(5) Savigny, *op. cit.*, II, § 114, p. 98 ss.

de ses destinées : le droit reconnaît son activité, il n'a pas à la guider comme si tous les hommes étaient en tutelle.

Ceci devait entraîner une réaction pour obtenir une plus juste répartition de l'ombre et de la lumière. C'est ainsi qu'à Lenel (6), le principe de la Willenstheorie paraît indiscutablement contredit par l'histoire ; car tous les actes que nous connaissons aujourd'hui comme des actes juridiques furent longtemps sous la protection des conventions, de l'honneur, de la morale, de la religion ; puis le droit les reçut et les adopta : ainsi pour l'occupation personne ne soutiendra que c'est le droit qui l'enseigna à l'humanité, et plus récemment pour le fidéicommiss qui était au début une simple prière juridique, quand le premier fut protégé *extra ordinem*, le testateur n'avait pu avoir une intention juridique à un moment où il savait bien que les fidéicommiss n'étaient pas reconnus par le droit. Et si nous envisageons ces contrats dont la protection juridique s'est insensiblement développée jusqu'à leur configuration actuelle, alors il faudrait dire que les parties ont eu conscience du changement de sanction et que leur volonté a suivi tous les degrés de ce développement, comme pour le gage protégé d'abord par les interdits avant les actions réelles, ou pour ces contrats réels où au début l'obligation de restituer la chose se fondait sur ce que le débiteur l'aurait retenue injustement. On doit dire que ce n'est pas l'intention des parties qui changea avec la reconnaissance du droit ; ce qui fut modifié et l'était d'ailleurs avant cette reconnaissance, c'était le sentiment commun sur l'étendue de la protection juridique qui permettrait de réaliser l'adaptation la plus adéquate aux buts

(6) Parteabsicht und Rechtserfolg, *Jahrb. f. Dogm.*, XIX, 1881, p. 154 ss.

poursuivis par les parties (7). Sans doute le droit objectif ne crée pas de toutes pièces des types d'actes non désirés ; il doit réglementer le commerce humain et il cherche à le faire à la satisfaction générale ; il se guide dans cette voie sur les expériences des parties, et tout ce qu'elles devaient stipuler au début, les clauses de dol, les promesses de garantie, tout cela fut peu à peu incorporé à l'acte. Mais quand bien même les déclarations des parties ont contribué à créer du droit, cela ne signifie pas qu'on doive exiger autre chose dans chaque espèce que la volonté de la déclaration : les effets qui furent les plus désirés, une fois agrégés à la règle de droit, n'ont plus à être visés par la volonté des parties ; comme l'a très justement noté Bülow (8), si la règle de droit se comportait autrement, elle détruirait le grand progrès qui a consisté à généraliser ces effets que les intéressés étaient obligés de répéter autrefois dans chaque espèce ; ils sont aujourd'hui réglés une fois pour toutes et nul n'a plus besoin de s'y référer.

Une des causes pour lesquelles beaucoup d'auteurs, tout en insistant sur les besoins du commerce, restaient attachés à la théorie de la volonté, était l'insécurité des formules nouvelles. Que devient, demande-t-on, la catégorie des actes juridiques ? Perd-elle tout caractère propre, si les effets de droit se produisent *vi legis* sur une manifestation de volonté ? L'homme dans le commerce s'attache à des fins empiriques, et le droit de son point de vue reconnaît une signification à tels ou tels faits, et parmi ces faits se trouvent les déclarations de volonté. Si Thon (9) re-

(7) Lenel, *loc. cit.*, p. 157 ; G. Segrè, Studi sul concetto del negozio giuridico, *Riv. ital. per le sc. giur.*, XXVIII, 1900, p. 184 ss. ; p. 202, n. 76.

(8) *Das Geständnisrecht*, Fribourg-en-Brigau, 1899, p. 143 ss.

(9) *Rechtsnorm und subjektives Recht*, Weimar, 1878, p. 350 ss.

proche au Willensdogma de n'avoir pu marquer la séparation de l'acte juridique et du délit, parce que le délit commis expressément pour ses suites juridiques, comme celui d'un fils qui rechercherait le châtiment pour déshonorer sa famille, deviendrait alors un acte juridique, cette critique ne sera-t-elle pas plus fondée contre les novateurs, et spécialement contre Schlossmann (10) qui regardait ces catégories comme sans valeur scientifique et proposait de jeter par-dessus bord tout ce lest scolastique, comme si les actes juridiques ne formaient pas un groupe compact, comportant tout un ensemble de règles générales, obéissant donc à un principe commun ? Lenel donne une vue plus juste des rapports du droit et de la volonté individuelle : les parties pensent à des buts d'ordre économique, ont un objectif de pur fait ; la structure de l'acte juridique dépend du droit (11) ; mais le droit prend en considération les volontés, et non pas les volontés le droit ; le droit condescend à servir principalement les buts des individus qui sont légitimes ; l'essence de l'acte juridique est donc dans ce fait que la loi détermine les effets juridiques en se conformant et en se subordonnant principalement aux

(10) *Der Vertrag*, Leipzig, 1876, p. 128 ss.

(11) C'est Brinz, le premier (*Pand.*, 1^{re} éd., 1857, § 312), qui montra que c'est vraiment le droit qui modèle l'acte juridique, qui lui donne ses contours ; il fixe ses conditions et ses effets, détermine les divers types qui serviront soit à la création, soit à l'extinction des droits subjectifs ; mais, cette rectification faite à la théorie traditionnelle, Brinz en accepte l'autre base, que le but de la déclaration doit être l'obtention d'un effet de droit ; il faut que le déclarant ait voulu l'effet de droit pour que le droit le fasse se produire. Les défenseurs de la doctrine traditionnelle ne reconnaissent encore guère plus, comme rôle du droit, que de sanctionner la volonté individuelle.

buts des parties, aux fins déclarées par elles (12). La Willenstheorie ne donne pas au droit une attitude très juste ni très digne, en y voyant le serviteur obligé de la volonté des parties ; la volonté individuelle s'imposerait au droit, devrait toujours être socialement protégée. Il y a là une divergence irréductible de vues sur un problème fondamental, sans doute insoluble, où s'accuse la lutte des conceptions politiques générales, des différences de philosophie et de caractère, en un mot de deux conceptions du monde, l'une qui exalte l'intérêt individuel et la « volonté de puissance » chère à Nietzsche, l'autre qui pense avant tout à ordonner les conflits d'intérêts dans la communauté (13) ; à celle-ci incombe en effet une lourde tâche pour la délimitation claire et précise des sphères individuelles, pour l'affermissement de l'ordre dans les relations privées contre le caprice des individus qui tendrait à rétablir le chaos ; les rapports de droit, en l'absence de son action, prendraient rapidement un caractère de confusion extrême qui entraînerait des collisions de prétentions insolubles.

La plupart des grands résultats économiques que recherche le commerce humain ont d'ailleurs reçu dans la loi une réglementation générale : autant d'actes juridiques classés, définis, ordonnés jusque dans de lointaines conséquences. Doit-on croire, comme le voulait la forme la plus extrême de la Willenstheorie, que tous ces effets prévus par la loi

(12) *Loc. cit.*, p. 163 ; V. aussi, p. 250, sa définition de l'acte juridique.

(13) Bülow, Dispositives Zivilprozessrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung, *Archiv f. d. civ. Praxis*, t. 64, 1881, p. 92. — Comp. l'essai de conciliation original de L. Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, Paris, 1901, p. 608 ss.

ne sont mis en œuvre qu'en considération de la volonté individuelle omniprésente ? Cette fiction insoutenable a été rejetée de bonne heure : il est impossible évidemment que la partie ait pu prévoir et connaître tous les effets que la loi organise autour d'un acte juridique, et on ne saurait demander à un acheteur d'avoir présents à la mémoire tous les textes sur la garantie des vices ou la garantie d'éviction. La position de la volonté individuelle ne serait-elle donc pas plus forte devant le droit dispositif ? Mais Hartmann (14) note très bien que c'est la destination idéale du droit de servir la réalisation de la volonté ; seulement il ne s'agit pas de l'examen de la déclaration concrète, mais bien d'une volonté générale, et c'est dans l'intérêt de la collectivité que maintes fois des effets non prévus par l'agent peuvent intervenir : ainsi des parties, en passant un bail, croient qu'il en résultera un droit réel, et cependant il ne naîtra toujours qu'un droit de créance (15). En se plaçant sur cette position élevée, le droit objectif occupe, croyons-nous, la seule place qui lui convienne : il envisage des intérêts abstraits et permanents, alors que dans chaque hypothèse concrète il faudrait bien en arriver à dire que les parties ne voient pas toujours clair dans l'organisation d'une construction juridique, et il y aurait

(14) Wort und Wille im Rechtsverkehr, *Jahrb. f. Dogm.*, XX, 1882, p. 76 s.

(15) Aussi la Willenstheorie ne conteste plus que la représentation de l'acte juridique n'a pas besoin d'être claire jusque dans ses moindres détails ; mais elle pense qu'un certain minimum doit être exigé : le déclarant doit se représenter qu'un effet de droit est produit ; mais alors s'il sait que des effets de droit sont attachés, il a voulu les produire, alors même qu'il n'en a eu qu'une conception d'ensemble lointaine : il y a là une construction qui rappelle la théorie pénale du *dolus eventualis*.

une fiction évidente à soutenir (16) que le droit donne seulement à leur pensée le complément juridique nécessairement voulu. L'acte juridique et sa construction sont l'œuvre du droit objectif qui s'attache à fournir aux volontés individuelles tout un matériel de droits et d'obligations en rapport avec le but économique qu'elles poursuivent ; ce but est inscrit dans les déclarations de volonté où les parties précisent tout ce qu'elles ont en vue de modifier dans leurs rapports réciproques ; mais si le droit leur fournit le moyen, elles ne veulent, elles, que le but (17). Lenel remarque justement que si la doctrine dominante reproche aux Romains leur confusion entre le droit de propriété et la chose qui en est l'objet, peut-être mériterait-elle un reproche inverse : « On est enclin... à oublier que les choses constituent l'objet du commerce pour leurs qualités de biens, et non pour les droits de propriété, qu'on achète et qu'on se fait livrer du bois et du charbon, de la viande et du pain, pour se chauffer avec cela, pour consommer ceci, et non pour avoir la joie de devenir propriétaire de ces choses (18). » Que les réflexions juridiques des parties puissent être éveillées là où elles prennent contact avec des difficultés et des prétentions soulevées sur un objet, cela ne signifie pas que le plus souvent elles ne

(16) Sur cette opinion de Karlowa, *das Rechtsgeschäft und seine Wirkung*, Berlin, 1877, p. 177 ; V. Lenel, *loc. cit.*, p. 157 s.

(17) Naturellement un même acte peut avoir plusieurs séries de buts, et ce qui n'est utilisé que comme un moyen pour l'obtention d'un but peut apparaître à son tour comme un but selon la considération du moment ; mais il faut considérer le but final parce que contre lui tous les autres n'apparaissent plus que comme des moyens, et ce but final dans un acte juridique sera toujours un but pratique, économique ou social (E. Danz, *die Auslegung der Rechtsgeschäfte*, Jena, 1897, p. 41 s.).

(18) *Loc. cit.*, p. 176.

demeurent dans l'inconscience du droit, et il y aurait une exigence déraisonnable à demander aux parties dans les actes si nombreux de la vie courante une intention juridique (19).

A la volonté ainsi détrônée ne peut être rattaché l'effet de droit produit : ce point de vue seul permettra d'expliquer l'irrélevance de la réserve mentale, unanimement admise (20). On objecte, il est vrai, que le principe de la déclaration rencontre aussi des obstacles, puisque le défaut de la volonté de l'effet peut combattre dans certaines

(19) C'est à tort, croyons-nous, que la *Willenstheorie* s'appuie sur cette solution que, si les parties entendent que l'effet de droit ne se produise pas, il n'aura pas lieu ; mais on a très exactement objecté que la possibilité d'empêcher n'est en aucune manière une qualité d'auteur : de ce que je peux me préserver d'un effet, cela ne signifie nullement que là où il se produit j'en suis la cause (v. Bülow, *op. cit.*, p. 149). Mais d'ailleurs cette protestation est inscrite dans la déclaration : pour pouvoir désigner la volonté comme source de l'effet de droit, il faudrait au moins que l'efficacité obligatoire d'une déclaration émise sans une telle protestation pût être exclue toutes les fois qu'on prouverait ne l'avoir jamais voulu assumer ; or sur ce point nous ne pensons pas que la *Willenstheorie* puisse jamais se concilier avec les solutions généralement admises au sujet de l'*error in dominio*, et la maxime : *plus est in re quam in existimatione* ; l'acquéreur est persuadé qu'il achète *a non domino*, il n'a donc pu vouloir l'effet de droit, mais seulement un résultat économique ; et cependant si le vendeur est propriétaire, la propriété est bel et bien transférée (D. 22, 6, *de jur. et facti ign.*, 9, 4 ; de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, n° 277). — Comp. sur ce problème de l'intention juridique, Segré, p. 175, 188 ss. ; et sur son rapport avec celui de la divergence de la volonté et de la déclaration, p. 170 ss. (contre la formule intermédiaire de Regelsberger), p. 191 ss. (sur une objection de Lenel, *loc. cit.*, p. 180 s.).

(20) Au moins tant que le destinataire ne la connaissait pas (C. civ. ail., § 116) ; V. par ex. Windscheid, Wille und Willenserklärung, *Archiv f. d. civ. Praxis*, t. 63, 1880, p. 99. — Comp. pour l'annulation d'un mariage contracté avec réserve mentale, *Décrétales*, IV, 1, 26 (Brissaud, II, p. 1031, n. 6).

hypothèses la validité de l'acte ; ses défenseurs répondent que, si le droit juge que ce défaut contrarie le but visé, cela ne touche pas au concept d'acte juridique dans lequel rentre seulement la volonté de la déclaration : cette activité de déclaration est seule une nécessité absolue, un élément constitutif ; pour la volonté de l'acte, dit Bülow (21), elle est loin d'être insignifiante, mais ce n'est qu'une très importante condition antérieure qui produit la déclaration ; il faut se la représenter non comme un état, non comme quelque chose de durable qui dépasse cette décision d'où sort l'acte, mais seulement comme une phase passagère dans l'histoire de sa formation ; et le mot déclaration de volonté ne signifie pas, comme on le dit généralement, un fait composé de deux parties, la volonté et la déclaration qui seraient comme les deux pôles du phénomène, mais simplement une déclaration fournie par une volition antérieure, une activité qui veut se manifester par des mots, des écrits ou quelque autre moyen de publicité. La volition n'appartient pas au contenu de l'acte juridique, elle le précède et le cause ; et quand on a affirmé l'exigence absolue de la volonté de la déclaration, il reste à l'ordre juridique le choix pour décider si et dans quels actes il pourra exiger aussi la volonté de l'effet, et il n'y aura pas à partir du prétendu principe absolu de la force obligatoire de la volonté ; on devra se référer à ce qui est le plus opportun, à ce qui correspond le mieux au but du droit, à ce qui s'adapte le plus exactement aux rapports juridiques existants, donc aussi au plus juste. Mais on refuse toute valeur conceptuelle à la volonté de l'effet : quand le droit s'y arrête et retire à un acte la vali-

(21) *Op. cit.*, p. 420 ss.

dité pour défaut de cette volonté, c'est plutôt une contrariété au principe comme lorsque le droit accorde considération à l'erreur sur les motifs, par exemple au cas de dol ; le problème de la volonté de l'effet est plus proche de celui de la valeur des motifs que de celui de la volonté de la déclaration (22).

Or l'erreur sur le motif est, à elle seule, une erreur insignifiante : c'est dans la doctrine dominante un véritable article de foi ; mais la raison qu'on en peut donner, c'est que les circonstances ainsi qualifiées qui faussement contribuèrent à créer la décision n'ont pas apparu au monde extérieur, et c'est pour la sécurité des affaires qu'on refuse de les prendre en considération, car si le motif a été érigé en condition reconnaissable, on admet qu'il peut y avoir là une *condicio in præsens collata* dont la vérification pourra entraîner la nullité du contrat (23). Mais refuser de prendre en considération les motifs, qu'est-ce, sinon renier la volonté ? « Cette conception, dit en une autre occasion M. Planiol (24), m'a toujours paru vide de sens. Qu'est-ce qu'une volonté dépourvue de motif ? » Seulement celui qui veut réaliser absolument le principe de l'autonomie de la volonté entre dans la voie dangereuse des recherches d'intention : quelle menace permanente pour le commerce que ce recours postérieur à des intentions restées mystérieuses ! Et l'on ne peut s'arrêter au premier mobile déterminant ; au-delà, toute une série de présuppositions présidaient à la déclaration, dont on ne pourrait nier l'influence sans sacrifier la volonté psychologi-

(22) Bülow. *op. cit.*, p. 114 ss.

(23) Aubry et Rau, § 343 *bis*, n. 6, IV, p. 495.

(24) *Op. cit.*, II, n° 1038, *in fine*.

que (25). La doctrine classique recourt alors à la méthode scolastique pour individualiser l'intention juridique (26), elle découpe arbitrairement dans les motifs une cause juridiquement relevante et prétend fixer objectivement les *essentialia* du consentement. Elle en arrive ainsi à faire abstraction des buts pratiques des parties pour accumuler les fictions et les présomptions.

Et ceci représente bien la position des défenseurs du

(25) G. Venezian, L'errore ostativo, dans les *Studi di dir. in on. di V. Scialoja*, Milan, 1904, I, p. 203 ss.

(26) Le plus mémorable exemple en a été fourni par la célèbre théorie de l'erreur-obstacle : il y a dans les textes romains, au milieu d'une série d'hypothèses, quelques expressions auxquelles on a voulu donner une valeur technique ; l'article 1110 n'ayant prévu que l'*error in substantia* et l'*error in persona*, on n'a pas voulu refuser tout effet à d'autres erreurs jugées précisément plus graves, l'*error in negotio*, l'*error in corpore*. Mais ces expressions des textes ont-elles une valeur juridique spéciale ? V. sur ce point Girard. *op. cit.*, p. 456 ; R. Fubini, Contribution à l'étude de la théorie de l'erreur sur la substance et sur les qualités substantielles, *Rev. trim.*, I. 1902, p. 306 (cependant Sokolowsky, *die Philosophie im Privatrecht, Sachbegriff und Körper in der klass. Jurispr. und der mod. Ges.*, Halle, 1902, p. 242 ss. a cherché à retrouver l'influence de courants philosophiques dans la terminologie romaine, et rapporte le mot *ὁσις* que l'on trouve dans un texte d'Ulpien (D. 18, 1, *de contrah. emt.*, 9, 2) à la doctrine stoïcienne de la substance ; mais V. déjà sur ce point Ehrlich, *Ulpian's ὁσία Theorie*, Czernowitz, 1905, p. 5, 7). Mais, quelque valeur qu'elles aient pour le droit romain, on peut se demander si la doctrine moderne en est encore aux procédés de travail des glossateurs pour s'attarder à ces classifications fossiles, comme si le développement du commerce moderne n'avait pas créé de nouvelles éventualités, qui ne se laissent pas comprendre dans ce court schéma ? Est-ce que notamment, avec le développement du crédit et des contrats entre absents, le lieu et le jour de la livraison ne sont jamais que des questions accessoires ? V. Zitelmann, *Irrtum und Rechtsgeschäft*, Leipzig, 1879, p. 493 ss. ; Werthauer, *Ueber den Einfluss des Irrtums auf Verträge*, Breslau, 1887, p. 62 ; Bordeaux, 17 mai 1870, D. 70.2.206 ; Req., 1^{er} décembre 1885, S. 87.1.167.

Willensdogma qui, débordés par leur principe, veulent arrêter la considération des intentions, et, désespérant qu'on puisse voir clairement dans la profondeur des états d'âme, recourent en dernier refuge à la construction d'un cadre artificiel. Seule la théorie de la déclaration peut satisfaire davantage la pleine réalisation pratique des fins des parties, en laissant à l'acte un contenu arbitraire (27) parce qu'elle se limite à l'examen des intentions manifestées à la lumière du jour. Et même il faut aller plus loin : le but du droit dans les actes juridiques qui est de servir la réalisation pratique des fins des parties, n'est pas encore contredit par une protection accordée à des déclarations contraires aux intentions ; et en effet on ne protège la déclaration que pour mieux protéger l'intention, parce que l'intervention d'un jugement, nécessairement arbitraire, sur la valeur de ses motifs, ne pourrait que restreindre l'autonomie de la volonté (28). De même, a-t-on dit, que les règles de la protection possessoire, si elles peuvent accidentellement profiter aux voleurs, furent bien établies dans l'intérêt des propriétaires pour les dispenser de la preuve difficile de leur propriété. Ici encore on pourra se référer à la déclaration sans être obligé de prouver qu'elle correspond à la volonté, et de cela les volontés individuelles retireront un précieux avantage. C'est un obstacle de moins à la réalisation de leurs activités juridiques.

Le principal mérite de la doctrine de la déclaration est d'avoir insisté sur ce que toute déclaration comporte un sens objectif ; la Willenstheorie ne pouvait le méconnaître puisque, pour parler d'erreur, il faut déjà avoir fixé l'interprétation de la déclaration dans un sens autre que celui qui

(27) Saleilles, *Décl.*, § 138, nos 13 ss.

(28) Venezian, *loc. cit.*, p. 200 ss.

y fut attaché par la volonté réelle. Et quand on demande, comme le Code civil allemand (§ 133), pour l'interprétation d'une déclaration de volonté, « de rechercher la volonté réelle et de ne pas s'en tenir au sens littéral de l'expression », cela ne peut s'entendre comme pouvant permettre au juge de substituer la volonté psychologique à la volonté déclarée ; il s'agit seulement, a-t-on dit, de combattre la prédominance des *verba* et de tout ce qui pourrait être entendu comme un retour au formalisme ; encore une fois la théorie de la déclaration n'ignore pas l'existence d'intentions chez les parties ; elle réclame qu'on interprète les déclarations en s'entourant de tous les éléments propres à les éclairer, rapports d'affaires, usages spéciaux, etc. ; et elle dégage ainsi, pourrait-on dire, des intentions apparentes qu'elle oppose à la volonté psychologique (29). Il y aura donc lieu de rechercher, selon les principes d'une interprétation non littérale, mais normale, le sens objectif des déclarations : il se peut qu'elles soient obscures et équivoques, qu'elles autorisent deux interprétations aussi normales l'une que l'autre ; alors il y aura malentendu, et le contrat ne sera pas formé (C. civ. all., § 155), si le désaccord porte sur un point essentiel (30).

(29) G. Messina, La simulazione assoluta, *Riv. di dir. comm.*, 1907, I, p. 397.

(30) Les parties ont proposé comme lieu de livraison Aix, mais l'une pensait à Aix-les-Bains et l'autre à Aix-en-Provence ; si le contrat est passé à Lyon, il y a proprement équivoque, impossibilité de préférer une interprétation à l'autre, à moins que l'une des parties n'ait connu le sens qu'y attachait l'autre, parce qu'alors c'est ce dernier sens qui vaudrait comme sens objectif et déterminant pour l'interprétation du contrat (Brock, *op. cit.*, p. 119 : Danz, Ueber das Verhältniss des Irrtums zur Auslegung nach B. G. B., *Jahrb. f. Dogm.*, t. 46, p. 390, 424). Si le sens fixé était seulement reconnaissable pour l'adversaire, on admet généralement que, là où il se dif-

Mais on ne peut, sous couleur d'interprétation, substituer au contenu de la déclaration un autre contenu comme conforme à la volonté, alors que cela n'est pas conciliable avec le sens général des expressions employées. Sinon le fait de la déclaration serait insignifiant, l'erreur se confondrait avec le malentendu (31), et l'annulation en matière de contrats ne serait plus qu'un coup d'épée dans l'eau. Or c'est là le point le plus important de la doctrine moderne que l'erreur n'est plus une cause de nullité ; à Rome, au contraire, des textes affirment expressément qu'il n'y avait ni *emptio* ni *venditio* (32). Le droit romain connu, il est vrai, aussi une *in integrum restitutio*, mais elle paraît avoir eu des applications plus fréquentes dans les actes de procédure que dans les contrats (33). Comment s'est faite la transition de cette nullité à l'annulabilité du Code civil (34) ? Il est seulement certain que, lors-

férencie des usages, il ne peut y avoir lieu qu'à l'annulation pour erreur, mais selon le paragraphe 122, l'adversaire n'a plus droit à l'intérêt négatif.

(31) La question a un intérêt, non seulement pour l'annulation, mais pour l'intérêt négatif : un désaccord de déclarations révélé par l'interprétation objective, donc une équivoque, obligeait également les deux parties à s'informer et à s'expliquer avant de consentir ; les dommages-intérêts sont exclus dans l'hypothèse du paragraphe 155 du Code civil allemand (Crome, *System des deutschen bürgerlichen Rechts*, Tübingen, 1900, I, § 94, p. 421 ; Leonhard, *d. allg. Teil*, p. 426). Un ancien arrêt français met bien en lumière cette hypothèse dans toute sa complexité (Orléans, 16 juill. 1819, Fuzier-Hermann, *Rép.*, V^o *Erreur*, n^o 22).

(32) Ulpian, D. 48, 1, *de contrah. empt.*, 11, 1 ; Julien, D., h. t., 41, 1 ; V. Girard, *op. cit.*, p. 437, n. 5.

(33) Gaius, *Inst.*, IV, 53, 57, 125 ; V. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, n^{os} 16, 111 ss. ; Girard, *op. cit.*, p. 1049, n. 5.

(34) Venezian, *loc. cit.*, p. 214 ss. Un arrêt rapporté par le Nouveau Denizart (V^o *Erreur*, n^o 12) mentionne que des lettres de rescision ont été prises.

que la doctrine des nullités fut bien dégagée, les logiciens la critiquèrent comme inconciliable avec la doctrine de la volonté : l'erreur prise en considération par la loi est une erreur assez considérable pour faire reconnaître ce qui a été déclaré comme n'ayant pas été voulu ; et l'on proposa d'y voir d'une manière générale un obstacle à la formation du contrat (35). Mais les mérites pratiques de la solution inverse étaient justement appréciés de M. de Vareilles-Sommières (36). « Comment notre loi, écrivait-il, est-elle arrivée à cette exactitude ?... Je l'ignore, je crois que la vérité, là comme ailleurs, a triomphé toute seule : elle a passé inaperçue et s'est logée dans les articles 1109 et 1117 sans que les rédacteurs aient peut-être... eu conscience de l'innovation qu'ils consacraient. » Mais si le droit n'autorise qu'une réaction aussi limitée contre une déclaration non voulue, il devient malaisé de voir dans la volonté contractuelle une nécessité supérieure au droit positif.

Dans le droit allemand contemporain, malgré tout ce qu'on avait écrit contre le Willensdogma, le premier projet de Code civil consacrait encore la nullité, lorsqu'il y avait lieu d'admettre que l'auteur, connaissant l'état de choses, n'aurait pas émis la déclaration de volonté (§ 98). Il faisait seulement quelques concessions à l'intérêt du commerce : au cas de faute lourde, la nullité était exclue ; au cas de faute légère, l'errant prestait l'intérêt négatif. La nullité, que beaucoup de partisans de la Willenstheorie eux-mêmes reconnaissaient peu pratique, a cédé la place à l'annulabilité (§ 119). Dès lors, la définition classique de l'acte juridique est gravement atteinte, parce qu'encore

(35) Zachariæ, § 343, n° 4 (V. Aubry et Rau, § 343 *bis*, n. 1, IV, p. 489).

(36) *Op. cit.*, n° 261.

une fois une définition, à la différence d'une simple règle, ne peut comporter d'exceptions (37). Néanmoins la Willenstheorie prétend encore se sauver en rapportant à leur tour ces exceptions à un principe déterminé, mais il y a sur ce sujet plusieurs manières de voir différentes.

a) Les uns, pour les faits les plus graves, par exemple la réserve mentale ou l'erreur inexcusable, estiment inutile de modifier le droit de la volonté ; si les circonstances qui sont de nature à provoquer une erreur font entièrement défaut, on doit regarder comme éliminée *a priori* la possibilité d'en fournir la preuve (*error non probabilis*). On n'aurait donc qu'à se féliciter, avec Zitelmann (38), de ce que les injustices de la théorie pure se trouveraient corrigées dans le stade de réalisation du droit ; en fait les juges peuvent se montrer très difficiles à juste titre pour accepter une réserve mentale ou une erreur sur son propre fait, de même qu'en présence d'un acte raisonnable et de contenu normal ils n'admettraient pas volontiers que le consentement ait été détruit par la démence ou l'ivresse (39).

(37) Bülow, *op. cit.*, p. 120 ss. ; Dauz, *op. cit.*, p. 35.

(38) Die juristische Willenserklärung, *Jahrb. f. Dogm.*, XVI, 1878, p. 403, 434 ss. ; V. aussi de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, n° 246.

(39) La doctrine classique compte aussi sur les difficultés de la preuve pour rassurer le crédit (Planiol, *op. cit.*, I, n° 2630) ; d'autres semblent proposer une distinction entre le défaut d'adhésion matérielle et le défaut de consentement proprement dit (R. Japiot, *op. cit.*, p. 186, 376, 456, n. 2). Le danger que l'on craint pour les tiers est peut-être excessif ; la jurisprudence anglaise pose bien cependant en principe que le contrat passé par l'aliéné est valable, si le co-contractant a ignoré le fait de la démence ; et même c'est au demandeur en nullité à prouver que l'autre partie savait qu'il était hors d'état de comprendre ce qu'il allait faire (V. surtout *Imperial Loan Co v. Stone*, 92.1. *Queen's Bench*, 599). Mais il y a, même en Angleterre, des auteurs qui préfèrent la solution romaine : sans nier le dommage que la nullité causerait au tiers contractant,

Mais ce ne sont pas des règles de droit juste que celles dont on est obligé d'escompter que des difficultés de fait viendront entraver l'application ; beaucoup se refusent ainsi à spéculer sur les résultats de la preuve et à organiser dans le droit cette sorte de comptabilité en partie double (40).

b) D'autres rappellent ici le principe de la responsabilité en suite de nullité ; et cette théorie est celle de la plupart des auteurs français, sauf Laurent (41) qui, tout en convenant qu'il y avait des « tiraillements » dans la doctrine de l'erreur, refusait d'appliquer l'article 1382 dans le domaine des contrats. Cette solution paraît ignorée de la pratique ; la Cour de cassation a seulement à deux reprises affirmé le principe, mais d'une manière purement platonique (42). Il y a d'ailleurs des divergences sur l'étendue de la doctrine, les uns obligeant le demandeur à l'annulation à réparer le dommage causé par sa faute lourde, d'autres par sa faute légère, d'autres encore par son simple fait ; ce dernier point de vue est celui du Code civil allemand (§ 122), et on a pu le juger insuffisant, tout

M. Goudy (Contracts by Lunatics, *The Law Quart. Rev.*, XVII, 1901, p. 150, 153) estime que celui-ci est moins digne de protection que l'aliéné parce qu'il pouvait se renseigner et était plus capable de défendre ses propres intérêts. V. encore sur cette jurisprudence anglaise, Saleilles, *Bull. Soc. Et. lég.*, III, 1904, p. 447 ss. ; Rankine Wilson, Lunacy in relation to Contract, Tort and Crime, *The Law Quart. Rev.*, XVIII, 1902, p. 21 ss. ; et sur le droit de l'Inde, Ramani Kanta Doss, *The Law of Lunacy in British India*, Calcutta, 1906.

(40) Melliger, *op. cit.*, p. 188.

(41) XV, n° 504.

(42) Req., 30 juill. 1873, D. 73.1.330 ; Civ., 26 juill. 1900, S. 1902.1.317, D. 1904.1.611, P. 1901.1.377 et rapport de M. Rau. Sur cette solution, comp. G. Dereux, *De l'interprétation des actes juridiques privés*, Th. Paris, 1905, p. 222 ss. ; *Etude critique de l'adage : Nul n'est censé ignorer la loi*, *Rev. trim.*, VI, 1907, p. 547.

au moins pour la faute lourde, en tous cas trop contourné. Il y a là une disposition singulièrement difficile à construire : ni contrat, ni délit ; beaucoup d'auteurs parlent d'une disposition légale spéciale en vue de favoriser les relations commerciales et de se rapprocher autant que possible de l'idéal qui serait de lier tout homme à sa parole (43) ; il y aurait donc là une sorte d'effet inférieur, d'effet réflexe de la déclaration. Nos auteurs ne peuvent que se rejeter sur l'article 1382, mais l'exercice, d'ailleurs ni anormal, ni abusif, du droit d'annulation peut-il faire naître une responsabilité ? Et si l'on s'en tient à la faute, au délit, est-ce qu'il n'y aurait pas lieu d'abord pour le droit de refuser son concours pour le commettre, de telle manière qu'on n'en serait pas réduit à regretter et à réparer les conséquences (44) ?

c) Dans la doctrine du droit commun, il était généralement admis, avant Savigny (45), que l'erreur, pour être prise en considération par le droit, devait être excusable, et cela selon certains textes du droit romain où ce critérium de l'excusabilité venait motiver la défiance si marquée contre l'erreur de droit (46), et fut dans la suite étendu à l'erreur de fait trop grossière. Savigny le fit rejeter dans toutes ces hypothèses où l'erreur n'était qu'improprement dite (*unächte Irrtümer*) et voilait seulement

(43) V. Gareis, *Der allg. Teil des B. G. B.*, Berlin, 1900, § 122, n. 6.

(44) Saleilles, *Décl.*, § 141, n° 58.

(45) Richelmann, *op. cit.*, p. 17 ss.

(46) Nous n'avons pas ici à poser le difficile problème de l'erreur de droit ; V. outre l'étude de Dereux, citée *supra*, Adler, *die Wirkungen des Rechtsirrtums*, *Jahrb. f. Dogm.*, XXI, 1894, p. 222 ; Wilhelm, *Was ist Rechtsirrtum und ist er entschuldbar*, Diss. Erlangen, 1898 ; N. Coviello, *Ignoranza e errore di diritto*, Catane, 1904.

l'absence de volonté ; c'est la logique qui conduisait à le renier puisque le contrat était inexistant pour défaut de volonté. Il y aurait donc moins de difficultés à l'admettre en corrélation avec la simple annulabilité, et on a pu rapporter en ce sens un arrêt de la Cour de Besançon, spécialement probant (47) : une erreur, résultat d'une négligence, oblige à réparer le préjudice causé, et une telle obligation pourra faire exclure l'action en restitution contre les tiers qui sans cela seraient lésés. Ce résultat serait à la vérité plus facilement admissible au cas de dol, et précisément la Willenstheorie, voyant dans toute réserve mentale un dol, prétendait en exclure la considération pour cette raison que personne ne peut recourir à son propre dol et tirer profit de son mensonge ; mais ce point de vue était aussi insuffisant, car la réserve mentale n'est pas forcément immorale, comme lorsqu'elle accompagne une obligation arrachée par la violence. Si l'assimilation de la faute lourde (48) au dol était admise, la doctrine de l'excusabi-

(47) Besançon, 1^{er} mars 1864, D. 64.2.61 (Dereux, *Rev. trim.*, 1907, p. 546 ss.).

(48) Sur le rapport de l'erreur et de la faute, V. en sens différents R. Fubini, *La dottrina dell'errore nel dir. civ. ital.*, Turin, 1903, n° 52, et Venezian, *loc. cit.*, p. 222.— La doctrine de l'excusabilité de l'erreur qui fut tant discutée en droit commun (V. par ex. Hölder, *die Lehre vom Error*, *Krit. Vierteljahresschrift f. Ges. und Rechtsw.*, XIV, 1872, p. 580 ; Hesse, *zur Lehre vom Irrtum*, *Archiv f. d. civ. Praxis*, t. 57, 1874, p. 188) est abandonnée par le C. civ. all. (§ 119) qui parle seulement d'erreur déraisonnable : pour admettre l'annulation, il faut supposer que la déclaration n'aurait pas été émise si le déclarant avait eu connaissance du véritable état de choses, et à supposer de sa part une appréciation raisonnable de la situation (*bei verständiger Würdigung des Falls*). Sur cette nouvelle condition, V. les deux conceptions rapportées par M. Manasse, *Die Anfechtung wegen Irrtums bei Geschäften des Vermögensrechts nach dem B. G. B.*, Diss. Breslau, 1906, p. 84 ss.

lité de l'erreur ne saurait en tous cas nous conduire au-delà ; et cependant MM. Chironi et Abello s'efforcent de construire la responsabilité sur la situation du lésé, en ce sens que par rapport à sa bonne foi, la bonne foi égale de l'errant ne saurait lui constituer une excuse suffisante ; cette conception ingénieuse de l'excusabilité, si elle est conforme à l'attitude générale de ces auteurs qui cherchent une *via media* permettant la conciliation des doctrines (49), nous paraît trop peu en accord avec le sens le plus clair des mots.

D'autres, comme Bekker (50), après avoir rejeté le Wilensdogma comme suspect de s'appuyer seulement sur des considérations de droit naturel, trouvent cependant les conséquences de la théorie de la déclaration trop dures pour l'errant ; et on a justement demandé qu'on soit sûr de ne pas perdre avant d'être sûr de gagner ; beaucoup admettaient un tempérament pour le cas où la différence entre le préjudice de l'errant et celui de l'autre partie serait trop grave ; Schlossmann propose que celui qui, à la conclusion du contrat, se trouve sans sa propre faute dans l'erreur et subirait par le maintien du contrat un préjudice considérable, puisse annuler l'acte, s'il ne résulte pas de là pour l'autre partie un dommage injuste, hors de proportion avec celui dont le maintien de l'acte menace l'errant ; il y aurait là une sorte d'exception d'équité qui faciliterait la bonne marche du commerce (51) ; et ceci

(49) Chironi e Abello, *op. cit.*, I, p. 478, p. 391. — Même le Code civil allemand n'abandonne pas aussi complètement le point de vue du déclarant (§ 118).

(50) Bekker, *System des heutigen Pandektenrechts*, II, Weimar, 1889, p. 58 ss.

(51) Schlossmann, *der Irrtum über wesentlichen Eigenschaften*, Jéna, 1903, p. 91 ; V. aussi Kohler, Ueber den Willen im Privatrecht,

surtout devrait être admis là où l'erreur a été reconnue immédiatement et où les choses sont encore entières. On ne peut approfondir ici tous les remèdes apportés à la considération subjective de l'erreur : il paraît cependant excessif d'exiger avec quelques théoriciens de la déclaration que l'erreur, pour être prise en considération, soit reconnaissable (52) ; de la sorte la position du co-contractant, très aggravée, se rapprocherait d'une conduite dolosive. L'intérêt des relations ne paraît pas réclamer davantage que le caractère reconnaissable de l'essentialité de l'erreur (53) ; il faut exclure la considération d'une qualité supposée en secret par l'une des parties ; si elle s'est trompée, elle ne peut demander l'annulation sans mauvaise foi parce que, sur ce motif non dévoilé, elle devait accepter l'aléa du résultat contractuel ; si l'on ne veut pas en arriver à donner effet à une réserve mentale, il faudra toujours se référer aux déclarations des parties et l'erreur

Jahrb. f. Dogm., N. F., XVI, 1889, p. 228 ; G. Dereux, *Rev. trim.*, VI, 1907, p. 544. — V. encore sur ces nouvelles tendances, Holland, *op. cit.*, p. 249 ss. ; E. Lehr, *Eléments de dr. civ. scandinave*, Paris, 1901, n° 371.

(52) Röver, *Ueber die Bedeutung des Willens bei Willenserklärungen*, Rostock, 1874, p. 23 ss. ; Bähr, *Irrungen im Kontrahieren*, *Jahrb. f. Dogm.*, XIV, 1875, p. 426.

(53) Larombière (*Oblig.*, art. 1110, n° 3) avait proposé que l'on ne prît en considération que l'erreur bilatérale ; la formule était équivoque parce qu'elle pouvait s'entendre d'un malentendu ; mais non pas aussi subversive que le dit Gabba (*Contributo alla dottrina dell' errore nel dir. civ. ital.*, dans ses *Nuove quest. di dir. civ.*, Turin, I, 1905, p. 71) ; à la vérité, elle contenait une exigence inutile : si l'acquéreur devait faire connaître ses idées, il n'était pas nécessaire que le vendeur partageât son erreur parce que le motif de la nullité est dans l'erreur de l'autre partie, non dans la sienne (F. Bianchi, *Azione di nullità per errore e azione per vizii redibitori nella vendita*, *Riv. it. per le sc. giur.*, XI, 1891, p. 331 ss.).

ne sera reconnue qu'autant qu'elle porte sur un point qui faisait expressément ou tacitement partie du contenu de la déclaration ; il ne faut pas placer en effet celui qui se trompe dans une situation plus favorable que celui qui agit prudemment en se faisant promettre garantie ; sinon, on permettrait à un contractant de spéculer au détriment de l'autre. Mais cette conception de la doctrine de l'erreur, qui serait celle de la jurisprudence française (54), n'appelle aucune réaction postérieure de garantie ; au contraire la difficulté la plus considérable consistera à séparer dans ce carrefour juridique les voies de l'annulation et celles de la résolution.

(54) B. Lacantinerie et Barde, I, n° 61 (qui renvoie à l'art 1134) ; V. encore Bianchi, *loc. cit.*, p. 333 ss. ; comp. les formules de Leonhard, *op. cit.*, II, p. 20, 177 ss. ; et sur la *culpa in contrahendo*, p. 135.

CONCLUSION

RESPONSABILITÉ ET INEFFICACITÉ.

Il reste à relier la responsabilité aux différentes causes d'inefficacité, et ici il peut être rappelé que le Code civil allemand a admis la responsabilité de l'intérêt négatif sur des actes inefficaces (§ 179), nuls (§§ 118, 307) ou annulables (§§ 119, 120). Mais la doctrine allemande ne peut être d'un grand secours, parce que la conception de l'inefficacité au sens propre, est une des moins cohérentes du nouveau Code et rassemble, sous le concept le plus lâche, une série d'hypothèses dont les traits principaux ne se laissent pas aisément fixer (1). Pour plus de clarté, nous nous en tiendrons aux distinctions classiques.

(1) Le terme d'inefficacité, qui a remplacé dans la science celui d'invalidité (*Ungültigkeit*), doit être regardé comme le genre, désignant tous les cas où les effets correspondant au contenu de l'acte ne se produisent pas (Windscheid, *Pand.*, I, § 82, n. 1 ; Leonhard, *op. cit.*, p. 432 ; Zitelmann, *das Recht des B. G. B.*, *Allg. Teil*, Leipzig, 1900, I, p. 101). Parmi les sous-genres, à côté de la nullité et de l'annulabilité, il y a une inefficacité au sens propre (*eigentliche Unwirksamkeit*) selon les termes mêmes du Code civil allemand ; mais la valeur pratique de la distinction de l'inefficacité et de la nullité est très discutée ; et d'ailleurs la conception allemande de la nullité manque déjà d'unité, en ce qu'elle assimile l'exigence d'éléments de fait généraux (déclaration, objet, formes), à l'absence d'une prohibition légale (Kurt, Oettinger, *der Begriff Unwirksamkeit im B. G. B.*, Diss. Rostock, 1904, p. 13 ss.). M. A. Scialoja (*Nullità ed inefficacia*, dans ses *Studi di dir priv.*, Rome, 1906, p. 30 ss.) institue sur cette distinction, un parallèle entre l'invalidité de constitution et l'invalidité d'exécution.

a) La reconnaissance des *essentialia* de l'acte juridique a conduit à la conception de l'inexistence, envisagée encore comme « une nullité naturelle » (2). Nous n'avons pas à apprécier cette conception de l'inexistence qui se présente comme supérieure aux textes et prétendant même à une certaine universalité logique : la recherche des conditions d'existence va-t-elle être abandonnée au subjectivisme doctrinal (3) ? On sait au contraire que les nouvelles doctrines abandonnent toutes ces affirmations *a priori* et nous ramènent à la déclaration de volonté comme base de l'acte juridique. On ne peut d'ailleurs reconnaître à l'autonomie de la volonté déclarée une puissance sans limites, et il y a des cas exceptionnels où la loi requiert des parties une construction spéciale et des conditions supplémentaires. Dans ces cas, la loi elle-même détermine l'importance qu'elle attache à ses réquisits et peut y faire correspondre une inefficacité plus ou moins étendue. Aussi ce terme d'inexistence, bien qu'il ait acquis droit de cité dans la science française, devrait être critiqué s'il portait à représenter l'acte inexistant comme un corps sans âme, un cadavre que rien ne peut rappeler à la vie. Cet acte constitue au contraire une apparence de fait dont on rapporte la preuve, si bien qu'il faut distinguer ce néant au sens juridique, du néant au sens vulgaire du mot ; ce doublement de sens n'est pas absolument illégitime et il y en a en droit bien d'autres exemples, comme pour les mots possession, absence, etc... ; cela tient à ce que la lan-

(2) Comp. là-dessus R. Japiot, *op. cit.*, p. 602 ; 603, n. 1 ; 605, n. 2, 3 ; 147, note.

(3) V. alors dans divers sens, Génv, *op. cit.*, p. 173, et Chausse, *loc. cit.*, p. 530 ; Planiol, I, n° 348, et Demogue, *Rev. trim.*, IV, 1905, p. 728 ss.

gue juridique est trop pauvre pour se passer entièrement de la langue populaire ; elle lui emprunte donc ses mots, mais avec son caractère plus affiné elle les détourne vers un sens particulier. Or, la considération de cette « apparence » qu'est l'acte inexistant a bien en effet son importance : pour les obstacles venant de la loi, il se peut que leur ignorance ait entraîné une exécution de l'acte et fait surgir des rapports que le droit ne pourra méconnaître (4) ; et même en l'absence d'une déclaration de volonté, il peut y avoir eu une confiance légitime trompée : une faute chez celui dont on a imité la signature pourra l'obliger à réparation. Cette responsabilité a-t-elle une origine extérieure au contrat (5) ? De toute manière elle aboutit au contrat, si l'on ne veut pas se contenter de l'intérêt négatif ; il y a d'ailleurs certaines hypothèses dans lesquelles la loi transige sur une sorte de forfait (6).

b) A la différence des conditions de constitution, le nombre des conditions d'exécution tend au contraire à devenir toujours plus considérable (7) ; selon les termes mêmes du Code civil (art. 1585), le contrat dans cette si-

(4) Barsanti, Contributo alla teoria degli atti giuridici inesistenti ed annullabili. Criterio differenziale fra essi, *Arch. giur.*, t. 59, 1897, p. 171 ss.

(5) Le vendeur d'obligations à lots déjà amorties à un tirage antérieur, qui a commis une faute en ne vérifiant pas ces tirages et en proposant un tel contrat, doit des dommages-intérêts à l'acheteur, qui a été privé de la chance de recueillir un lot puisqu'il entendait participer au tirage (Trib. com. Seine, 12 nov. 1897, *Rev. Soc.*, 1898, p. 477 ; *Journ. trib. com.*, 1899, p. 232 ; *Le Droit*, 24 déc. 1897) ; mais il ne s'agit pas là d'une action en garantie pour vices cachés puisque la vente est nulle (Bruxelles, 7 févr. 1893, *Pas.*, 93.1.225).

(6) V. les indemnités du demi pour cent et de la double prime dans le Code de commerce, art. 358 et 359, 368.

(7) R. Demogue, *loc. cit.*, p. 728 ss. (contre Chausse, *loc. cit.*, p. 530).

tuation doit être regardé comme imparfait, ce qui ne signifie pas qu'il soit dépourvu d'effets : il a produit un lien obligatoire, à la vérité d'une valeur diminuée, un de ces droits inférieurs qu'on appelle des droits éventuels ; ce droit de créance spécial, sur la force duquel on discute, est celui qui naît de l'avant-contrat ; nous sortons du domaine de la responsabilité précontractuelle : quoique l'avant-contrat ne porte pas en lui-même sa fin et ne marque qu'une étape dans une longue formation, il est lui-même un contrat ; le promettant est débiteur d'une obligation de faire ; sur un refus injustifié de conclure le contrat, il n'est pas seulement responsable de l'intérêt négatif. Il en est de même, croyons-nous, là où une formation contractuelle entreprise, parfaite quant au consentement, se trouve arrêtée par la détermination des éléments objectifs : on ne saurait dire que l'obligation est indéterminée et fictive quand le moyen est indiqué de la convertir en une obligation déterminée ; ainsi une détermination en puissance aura même valeur qu'une détermination réelle, à condition naturellement de ne pas contrarier les fins poursuivies par les parties ; il faudrait, pour qu'il en fût autrement, que l'obligation ait été soumise à une condition purement potestative, parce qu'alors s'évanouirait toute contrainte, et la liberté toujours entière des parties étoufferait la naissance du droit (8). De même

(8) M. Ricca-Barberis, *L'apprezzamento del terzo come indice di prestazione nel negozio giuridico*, *Arch. giur.*, t. 70, 1903, p. 62 ss. Il s'agit par exemple de l'hypothèse où les parties ont renvoyé l'appréciation du prix à des experts, sans autre désignation ; c'est là quelque chose de tout différent d'une stipulation qui renverrait le prix à une fixation amiable ; il ne faut pas que, sous le prétexte du libre exercice du choix, se dissimule un regret d'avoir contracté et une tendance à détruire le lien ; or ceci n'est pas insusceptible de

encore dans le contrat sur choses futures, nous ne croyons pas avec M. Chausse (9) qu'on puisse parler d'une simple *culpa in contrahendo* pour la partie qui voudrait se dédire ou empêcherait la chose future de venir à existence ; c'est une contravention à la loi du contrat. Enfin la responsabilité qui atteint le débiteur conditionnel selon l'article 1178, si elle trouve sa sanction dans la perfection du contrat, dans sa cause ne heurte pas non plus, comme semble l'avancer M. Chironi (10), la *diligentia in contrahendo*, mais bien la *diligentia in contractu*.

c) Le principe de la responsabilité précontractuelle aurait encore le mérite de mieux préciser la catégorie de la nullité ; ce terme devrait être réservé aux hypothèses où le droit objectif combat les déclarations de volonté ayant un but contraire à la loi prohibitive, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. On tombe alors dans le domaine de l'illicite, contre lequel la réaction est particulièrement forte. Aux dispositions prohibitives, que l'on compare au contraire les dispositions constructives de la loi (11), ses exigences de forme et de fond autour d'un acte : l'intérêt public n'est pas aussi gravement engagé ; sans doute, on dira que le contrat solennel est inexistant si les formes n'ont pas été accomplies, mais déjà on admet la survie d'une obligation naturelle, et il s'en faut que toutes les conditions requises par la loi créent un obstacle perpétuel

contrôle, alors que les parties n'ont pas marqué une *fiducia* personnelle à un tiers désigné et ont plutôt envisagé la détermination d'un juste prix par un tiers non intéressé ; un refus systématique d'aboutir dans le choix des experts serait l'abus d'un droit (V. l'étude de la jurisprudence dans Legros, *op. cit.*, p. 145 ss.).

(9) *Loc. cit.*, p. 535.

(10) Chironi e Abello, I, p. 442 s.

(11) Planiol, *op. cit.*, I, n° 337.

et absolu à l'efficacité de l'acte (12). Cette vérité était autrefois méconnue parce que dans une confusion universelle des concepts on pensait que la contravention à l'ordre public appelait à sa suite l'inexistence ; mais cette distinction était bien de toutes la plus élémentaire, parce que la loi ne peut sans fiction retrancher du monde extérieur ce qui est apparu comme un acte juridique entièrement construit ; elle peut tout au plus lui refuser toute efficacité, elle ne peut le réduire à l'état d'apparence. Cependant les auteurs mêmes qui prennent la peine de la poursuivre déclarent la distinction théorique (13), et beaucoup accueillent en définitive ce langage très impropre que la licéité serait une condition de constitution de l'acte. Tel ne peut être notre point de vue : la méthode inductive part sans doute d'une considération des résultats, mais il n'y a pas de science digne de ce nom qui ne doive remonter aux causes : une pure description d'effets non reliés à des antécédents serait pour l'esprit une fatigue stérile. L'opinion que l'on combat part hâtivement d'une similitude d'effets pour négliger une différence entre les causes, qu'elle confond pêle-mêle sous un vocable destitué de sens précis. Or il se trouve précisément que la théorie de la responsabilité précontractuelle peut démontrer l'inexactitude du point de vue généralement adopté ; car l'inexistence peut soulever des problèmes de responsabilité entre parties, la

(12) La distinction de l'impossibilité légale et de l'illicéité n'est pas toujours aisée, mais elle est fondamentale (Ferrara, *Teoria del negozio illecito nel dir. civ. ital.*, Milan, 1902, cité par Sraffa, *Rev. trim.*, I, p. 872 ss.).

(13) Planiol, I, n° 349 ; V. toutefois quelques intérêts pratiques mis en valeur par Tissier, note S. 1903.1.257. — *Contra*, Chironi e Abello, I, p. 78. — Comp. encore J. Loyer, *Les actes inexistantes*, Th. Rennes, 1908, p. 11 ss.

nullité jamais : aucune des deux parties n'est en droit d'ignorer ce qui est illicite ou immoral, aucune ne peut avoir droit à une réparation des conséquences préjudiciables de la nullité (14) : ainsi dans l'hypothèse d'un contrat contraire à l'ordre public, comme un engagement à vie, il a été jugé que celui qui fait annuler le contrat ne devait aucuns dommages-intérêts (15).

d) Enfin il n'est pas plus exact de rapporter l'annulabilité à un état spécial de l'acte, qui existerait, dit-on parfois, sous la condition résolutoire d'une action en nullité ; c'est à tort, à notre avis (16), que l'on énonce comme une condition de validité la capacité ou l'absence de vices du consentement ; en fait nous voyons que l'acte est valable et efficace, et que le droit objectif limite étroitement au contraire les possibilités d'attaque, selon des considérations de justice et d'équité (17). Et cependant, même dans cette hypothèse qui paraît si peu favorable, on a voulu envisager l'inefficacité comme tenant à un défaut de l'acte ; il faut voir là une manifestation de cet esprit dogmatique qui a abouti au « principe de l'objectivité des nullités (18) » ; c'est qu'on a insufflé la vie au concept d'acte

(14) Legros, *op. cit.*, p. 17 ; Melliger, *op. cit.*, p. 86 ; Brock, *op. cit.*, p. 148. — A la vérité, selon le paragraphe 309 du Code civil allemand, pour le contrat qui porte atteinte à une prohibition légale, les dispositions des paragraphes 307 et 308 trouvent une application correspondante ; mais cela ne peut s'entendre d'un contrat immoral, la loi ne renvoie qu'au paragraphe 134 et non au paragraphe 138 ; pour le contrat contraire à la loi, il y a là une disposition qui se rattache à la difficile théorie de l'excusabilité de l'erreur de droit.

(15) Lyon, 4 mai 1865, D. 66.2.165 ; V. Planioi, II, n° 1880.

(16) Critique de ces formules dans Leloutre, *op. cit.*, p. 60 ss.

(17) Bruck, *die Bedeutung der Anfechtbarkeit für Dritte*, Breslau, 1899, p. 29 ; V. cep. Japiot, *op. cit.*, p. 281.

(18) Jean Acher, Essai sur la nature de l'action Paulienne, *Rev. trim.*, V, 1906, p. 85 ss., n°s 16 ss., qui reconnaît « à la rigueur » l'in-

juridique, on en a fait une sorte de personne fictive participant aux fonctions de la vie organique : on nous l'a montré naissant, ou mort, ou mort-né ; on nous a fait assister à sa maladie et à sa guérison ; récemment encore on nous présentait un cas de suicide (19). Il serait temps cependant de ne plus parler par métaphores ; on croirait qu'il s'agit d'atteindre le contrat et non les contractants. Mais, comme dans toute institution juridique, c'est l'homme qui est visé, c'est lui qu'on frappe ou qu'on protège. La place de l'inefficacité est donc parmi les sanctions de droit : la considération des personnes, de leur conduite, de leur responsabilité, du préjudice causé, du dommage à éviter, de la protection nécessaire, de la confiance à respecter, sera déterminante. Pour s'être inspiré d'autres méthodes, on n'aura abouti qu'à créer une source de troubles pour le commerce juridique : la doctrine dominante laisse alors apparaître une obligation naturelle (20) ; mais les relations ne peuvent s'en contenter et imposent la reconnaissance du dommage négatif ; désormais la nullité devra se tenir en corrélation avec l'intérêt négatif, parce qu'à elle seule elle ne parvient pas à restaurer l'état économique antérieur : des frais sont perdus, des occasions manquées, une confiance trompée ; il n'est pas possible de méconnaître que, dans la chaîne du négoce, la pré-

fluence de la bonne foi du défendeur contre la nullité de l'acte, mais combat la considération d'autres éléments extrinsèques.

(19) Celui de l'acte dont la condition est défaillie (Leonhard, *d. allg. Teil*, p. 434 ; Saleilles, *Décl.*, § 141, n^{os} 6 ss.).

(20) Très notable est cette explication de M. Planiol, *op. cit.*, II, n^o 343-2^o, qui ne l'admet qu'au cas d'incapacité (comp. C. civ., 2012-2^o), et non de vices du consentement, à cause du défaut de volonté reconnu chez celui qui s'était obligé ; mais cette solution nous laisse des doutes très sérieux pour le cas d'erreur.

sence ou l'absence d'un contrat peut parfois déterminer une rupture grave d'intérêts ; on peut donc exiger qu'il n'y ait pas une mauvaise chicane chez la partie qui veut invoquer l'inefficacité.

Dans cette voie, peut-être aboutirait-on assez vite à cet autre principe que la nullité ne saurait être admise sans la preuve d'un préjudice, et il y a des traces de cette conception : c'est principalement dans les actes et exploits de procédure qu'on réclame la limitation aux actes dont l'irrégularité a causé un préjudice à la partie qui les attaque ; on s'efforce de restaurer, au moins dans la pratique de certaines juridictions, la maxime : Pas de nullité sans grief, ou : Nullité sans grief n'opère rien ; les auteurs la présentent comme la solution de l'avenir, et, s'ils sont parfois tentés de lui objecter quelque tendance à l'arbitraire (21), cela non plus n'est pas en désaccord avec cette confiance dans le magistrat qui caractérise le droit nouveau. Que pour la nullité proprement dite, ouverte pour la défense de la société contre l'acte illicite, le demandeur n'ait pas à prouver l'existence d'une lésion, cela est en accord avec l'intérêt général ; il en va différemment pour l'annulabilité, qui ne repose que sur la protection d'un intérêt privé ; un arrêt (22) constate « qu'il est évident que le contrat ne peut être annulé pour dol principal, ou que des dommages-intérêts ne peuvent être alloués à la demanderesse pour dol incident, qu'autant qu'elle aurait souffert un préjudice ». Toutefois, si l'annulation de l'obligation repose sur une présomption de lésion, l'opinion générale paraît encore fixée en ce sens que le demandeur

(21) Garsonnet, *Tr. de procéd.*, II, n° 498, notes 4, 7, 8, 9, 2^e éd. Paris, 1898, p. 176 s.

(22) Paris, 11 mai 1887, P. 89.2.54.

n'aurait qu'à prouver l'absence de la condition de validité, et que le juge ne pourrait se refuser à prononcer la nullité sous prétexte qu'il n'a éprouvé aucune lésion (23). Telle serait la différence capitale entre les actions en nullité et les actions en rescision ; mais pour ces dernières au moins la preuve de la lésion est requise, et on a donc l'exemple d'une inefficacité fondée sur le préjudice (24).

On ne peut disconvenir que la tentation est grande pour le législateur de sanctionner toutes ses prescriptions par l'inefficacité de l'acte qui les transgresse ; mais le péril de ce mode de sanction devait être montré parce que le rétablissement de l'état qui aurait existé sans l'intervention de l'acte ne peut être obtenu qu'approximativement : il n'est pas au pouvoir des hommes de supprimer toute une période de temps et de reprendre à la date de l'acte le cours des événements ; ainsi une fiction se trahit dans cette conception de la nullité qui établit une corrélation stricte entre la construction et la destruction de l'acte. Le problème est en réalité celui de la sanction la plus adéquate parce que l'inefficacité fonde à son tour un état de choses nouveau. Mais d'ailleurs c'est le but tout entier de la science du droit de travailler à l'équilibre des situations, de poursuivre les responsabilités, d'organiser des modes de protection, et non pas de tenter des définitions périlleuses de concepts, de rechercher l'essence métaphysique du moyen de droit, perdant de vue la considération du but. Le but

(23) V. les auteurs et arrêts cités par Aubry et Rau, § 333, n. 3, IV, p. 413.

(24) Dans l'ancien droit, la preuve de la lésion était exigée pour toute action en rescision, et on sait que le champ d'application de la rescision était beaucoup plus vaste et déterminé par d'autres considérations (Brissaud, *op. cit.*, II, p. 1421, n. 13).

suprême de l'autonomie privée est orienté vers la réalisation de certaines fins économiques et sociales auxquelles tendent toutes les relations humaines ; si le droit doit favoriser ou restreindre ce développement, cela dépend de ses exigences propres au sujet de la conduite observée ou du but poursuivi ; le contrat n'est pas une fin en soi, et les efforts des parties qui y coopérèrent sont déjà, pour eux-mêmes, un objet de considération ou de critique. Ainsi la mesure du juste et de l'utile s'applique en définitive comme dans tout autre domaine : on peut être convaincu que dans cette direction seulement on orientera le gouvernement de la vie juridique vers l'économie des moyens et la simplicité des formules.

Vu :

Lyon, le 20 mars 1911,
Le Président de la thèse,
L. JOSSERAND.

Vu :

Lyon, le 20 mars 1911,
Le Doyen de la Faculté,
FLURER.

Vu et permis d'imprimer :

Lyon, le 20 mars 1911,
Le Recteur de l'Académie
JOUBIN.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
BIBLIOGRAPHIE	vii
INTRODUCTION. — Responsabilité et volonté	1
I. — Les sources et la responsabilité précontractuelle. —	
Les hypothèses de contrat impossible	13
1. L'évolution de droit romain : la vente de l'homme libre, du <i>locus sacer et religiosus</i>	13
2. L'impossibilité subjective et le Code civil : la vente de la chose d'autrui (art. 1599), la cession d'une créance inexistante (art. 1693)	22
3. L'impossibilité objective et la jurisprudence française : la tradition de l'ancien droit et les décisions judiciaires modernes relatives à la vente d'une chose du domaine public. De l'équilibre des intérêts en présence et de l'idée d'une <i>diligentia</i> parallèle.	28
4. La construction générale de Ihering : l'interprétation allemande antérieure ; reconnaissance des éléments de l'action selon les sources.	40
II. — Nature de la responsabilité précontractuelle. — La portée du lien contractuel	47
1. <i>La culpa in contrahendo</i>	47
a) <i>Dolus, culpa</i> , garantie : la limitation de Mommsen à l' <i>actio doli</i> ; le développement par Ihering de l'idée d'une <i>culpa</i> abstraite : échec final de cette conception ; passage à la formule objective de la garantie (Windscheid, Regelsberger).	47
b) Contrat valable, contrat nul, contrat accessoire. La construction contractuelle de Köppen et la théorie des rapports de droit objectifs. La reconnaissance par Ihering d'une <i>diligentia in contrahendo</i> , de même nature que	

la <i>diligentia in contractu</i> . L'explication du rapport de causalité par un pacte initial de garantie : son caractère artificiel. Les expédients du mandat (Scheurl, Mommsen) et de la gestion d'affaires (Thon, N. Coviello).	54
2. <i>Relation de la responsabilité à la capacité et au pouvoir</i> . .	67
a) Incapacité : développement des théories de MM. Labbé et Grandmoulin. La jurisprudence et la distinction tripartite de M. Planiol. Autre distinction de M. Labbé entre le dol et la faute. Opinion opposée de Ihering : obstacle résultant de l'article 1307 du Code civil ; la question en droit international privé	67
b) Représentation	76
α. Responsabilité du représenté dans l'hypothèse où l'acte passé rentre dans les pouvoirs du représentant (abus de la signature sociale), et dans l'hypothèse du représentant sans pouvoirs.	77
β. Responsabilité du représentant dans l'une et l'autre hypothèse : la situation du <i>falsus procurator</i> selon le paragraphe 179 du Code civil allemand. . . .	81
III. — Etendue de la responsabilité précontractuelle. —	
Responsabilité sans faute.	90
1. Bonne foi, croyance légitime trompée. La bonne foi et le « devoir connaître ». Insuffisance de la seule notion de bonne foi pour modifier la répartition contractuelle du risque. La formule de la garantie légale : Eisele, Windscheid. De l'obligation de ne pas tromper la confiance nécessaire à l'entretien des relations sociales. La doctrine du sentiment du droit et les principes classiques	90
2. Le principe de causalité, le risque créé ; la responsabilité basée sur le simple fait. Relation des notions de cause et de faute. Valeur et concurrence des diverses causes. De la causalité volontaire ; cas fortuit et force majeure. Le risque créé par l'activité de l'homme et le risque du destin. Responsabilité de l'expéditeur et du messager. Situation spéciale de l'administration irresponsable : erreurs et retards dans les transmissions postales et télégraphiques	101

IV. — Les formes de la responsabilité précontractuelle.

— L'abus de droits.	120
Application de la doctrine de M. L. Josserand.	120
1. <i>Refus de contracter et rupture de pourparlers sans motifs légitimes</i>	122
a) Refus de contracter sans motifs légitimes : situation des monopoles ou entreprises privilégiées. Analyse de la jurisprudence récente relative au refus d'embauchage : difficultés relatives au fondement de la responsabilité, à la preuve et à la sanction de l'abus	122
b) Rupture abusive des pourparlers : la conception de l'offre irrévocable et les contrats qui se forment par décisions successives ; doctrine de MM. Faggella et R. Saleilles ; du caractère arbitraire du retrait. D'une difficulté relative au paragraphe 154 du Code civil allemand.	137
2. <i>Abus de l'inexpérience, de la légèreté et du besoin</i>	147
Aperçu historique. Les divers moyens de protection	147
a) L'équivalence des prestations (lésion, usure). Caractère restrictif du système : l'article 1674 ; la jurisprudence fondée sur la gratuité du mandat ; la limitation maximum du taux d'intérêt. Défauts dans l'appréciation des profits et des risques.	151
b) Le vice du consentement, la contrainte morale. Désaccord de ce point de vue avec le droit positif actuel qui fait de la lésion une présomption irréfragable, et avec la politique législative qui tend à restreindre le rôle de la volonté.	157
c) L'acte illicite, les bonnes mœurs ; l'évolution du droit germanique ; origine pénale des nouvelles tendances. Le paragraphe 138 du Code civil allemand : l'acte immoral et la nullité absolue ; exagération de la sanction.	162
d) L'acte abusif source de responsabilité ; rapprochement avec le dol et la violence incidents. La lésion et la cause, le profit illégitime. La réaction contre les abus des prêteurs d'argent en droit anglais (Act du 8 août 1900) ; l'intérêt stipulé peut-il être de lui-même si excessif que, sans autre condition, il rende l'opération onéreuse et léonine (<i>harsh and unconscionable</i>) ? Nécessité de s'attacher fortement à la condition de l'exploitation.	170

Valeur pratique des nouvelles tendances. La politique juridique et les formes d'action préventive	182
---	-----

V. — Les effets de la responsabilité précontractuelle.	
Intérêt négatif et nullité	185

1. L'action en dommages-intérêts.	185
---	-----

a) L'intérêt contractuel négatif ; définition de Ihering ; valeur au point de vue des sources ; appréciation pratique. La limitation à l'intérêt positif ; impossibilité de s'en tenir à l'idée d'une réparation causale. Sanction directe et peine privée ; passage de la responsabilité au contrat	185
--	-----

b) Les degrés d'inefficacité ; le développement de la sanction de nullité et le domaine des lois imparfaites ; l'inefficacité comprise, non comme une manière d'être objective de l'acte, mais comme la conséquence d'un droit de critique reconnu à certains sujets.	198
---	-----

α) L'inefficacité relative ; l'idée de responsabilité envisagée comme motif de la limitation passive	201
--	-----

β) L'inefficacité partielle et l'action en réduction : conséquences de la distinction de l'acte illicite et de l'acte abusif ; l'acte abusif obligeant à la réparation du préjudice causé, de la lésion	205
---	-----

2. L'efficacité de l'acte	211
-------------------------------------	-----

a) Dol sur la capacité : déclaration de majorité et manœuvres frauduleuses. Discussion de la théorie de M. Deschamps : ce dol n'aurait pour sanction qu'une action en dommages-intérêts ; la solution traditionnelle, l'article 1310 du Code civil et l' <i>in integrum restitutio</i> ; la loi du 10 juillet 1850 (Code civil, 1391-4°)	212
--	-----

b) Dol et violence sur le consentement : l'histoire des délits prétoriens ; le vice de la volonté, en dehors de l'action immorale d'autrui, ne suffit pas à fonder le droit de la victime ; l'idée d'une <i>diligentia in contrahendo</i> rend seule intelligible la compensation des fautes ; explication du dol de l'incapable et du représentant ; préférence ou subsidiarité de l'action en dommages-intérêts ; exclusion de l'action en nullité au cas de dol incident ; la distinction entre le dol et la violence d'un tiers se réfère à la distinction du cas fortuit et de la force majeure.	222
---	-----

VI. — Limites de la responsabilité précontractuelle.	
Responsabilité et obligation	242
Comment la nouvelle détermination des causes et effets de la responsabilité nous rapproche de l'obligation ; fait matériel et acte juridique ; l'obligation naissant d'une simple déclaration unilatérale de volonté	242
1. La volonté unilatérale ; l'ancienne exigence du concours des volontés. Valeur théorique et historique du nouveau principe. Opposition de l'obligation unilatérale et de l'obligation contractuelle : prise de connaissance et acceptation. Opposition de l'obligation unilatérale et de l'obligation légale : l'irrévocabilité est seulement présumée (C. civ. all., 146). Du contenu de l'obligation unilatérale : le délai d'irrévocabilité et la réparation de l'intérêt négatif	250
2. La déclaration de volonté : l'ancienne exigence de la concordance de la volonté et de la déclaration. Le dogme de la volonté envisagée comme force créatrice du droit dans l'acte juridique. Rapport de la volonté de l'effet et de la volonté de la déclaration. De la valeur exceptionnelle des motifs. Le sens objectif de la déclaration et la simple annulation pour erreur. Les expédients de la Willens-theorie : <i>error non probabilis</i> , responsabilité en suite de nullité, excusabilité de l'erreur. Les remèdes à la considération subjective de l'erreur	269
CONCLUSION. — Responsabilité et inefficacité.	295

Imp. J. Thevenot. Saint-Dizier (Hte-Marne).
